Проверено 1964 г.
- - МАЙ 2008

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

1876

КНИЖКИ ДЕСЯТАЯ, ОДИННАДЦАТАЯ И ДВѢНАДЦАТАЯ.

ОКТЯБРЬ, НОЯБРЬ И ДЕКАБРЬ

МОСКВА.
Типографія Московскаго Университета (М. Катковъ).
На Страстномъ бульварѣ.

КНИЖКИ ДЕСЯТАЯ, ОДИННАДЦАТАЯ и ДВѢНАДЦАТАЯ. ОКТЯБРЬ, НОЯБРЬ и ДЕКАБРЬ.

I. — ПРОТОКОЛЫ ЗАСѢДАНІЙ МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА..... 5

II. — О ЗНАЧЕНІИ НАУКИ ПРАВА И ЕЯ ГЛАВНЫХЪ ЗАДАЧАХЪ. — **П. Л. Карасевича**..... 80

III. — ОБЫЧНОЕ ПРАВО ЮЖНЫХЪ СЛАВЯНЪ по изслѣдованіямъ д-ра Богишича. Сочиненіе Ѳедора Демелича (переводъ съ франц.). — **В. Гецевича**..... 119

СОВРЕМЕННЫЙ ОТДѢЛЪ.

IV. — МНѢНІЕ ПО ВОПРОСУ О ДУХОВНО-СУДЕБНОЙ РЕФОРМѢ. — **Я. Баршева**..... 1

V. — МОСКОВСКІЙ БАНКОВСКІЙ ПРОЦЕССЪ.—**К. Ан—ова.** 21

VI. — ЗАМѢТКИ ОБЪ ОХРАНѢ ИМУЩЕСТВЪ ПОСЛѢ УМЕРШИХЪ, ПО ДѢЙСТВУЮЩИМЪ РУССКИМЪ ЗАКОНАМЪ. — **М. Савельева**..... 42

VII. — ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ и БИБЛІОГРАФИЧЕСКІЯ ЗАМѢТКИ..... 67

VIII. — СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА:

„Капиталъ малолѣтняго, образовавшійся изъ подлежавшихъ въ выдачу ему доходовъ съ завѣщаннаго недвижимаго имущества или изъ части стоимости послѣдняго, и находящійся въ составѣ имущества несостоятельнаго наслѣдника по завѣщанію, обязаннаго произвести выдачу, когда это доказано будетъ завѣщательнымъ актомъ, причисляется къ первому роду долговъ несостоятельнаго (разъясн. 5 п. 1960 ст. т. XI зак. уст. о торг. несост.) и къ долгамъ перваго разряда, по удовлетворенію (тамъ же, 4 п. 1978 ст.)“

(см. на оборотѣ).

ЮРИДИЧЕСКІЙ

ВѢСТНИКЪ

ИЗДАВАЕМЫЙ

МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ.

1876

ГОДЪ ОСЬМЫЙ

ОКТЯБРЬ, НОЯБРЬ И ДЕКАБРЬ

МОСКВА.
Въ Университетской типографіи (Катковъ),
на Страстномъ бульварѣ
1876.

О ПРОДОЛЖЕНІИ ВЪ 1877 ГОДУ ИЗДАНІЯ

ЖУРНАЛА

„ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ“.

Юридическое Общество, состоящее при **Императорскомъ** Московскомъ Университетѣ, будетъ продолжать изданіе **«Юридическаго Вѣстника»**, по прежней программѣ.

Кромѣ прежнихъ постоянныхъ сотрудниковъ журнала, въ немъ обѣщали принять участіе гг. профессоры Московскаго Университета: П. Л. Карасевичъ, С. А. Муромцовъ, А. С. Павловъ, А. И. Чупровъ и В. А. Умовъ, профессоръ Университета Св. Владиміра А. Ѳ. Кистяковскій, членъ Московской Судебной Палаты К. Д. Анцыферовъ, Предсѣдатель Курскаго Окружнаго Суда Н. М. Пузановъ и другія лица.

«Юридическій Вѣстникъ» съ 1-го января 1877 года будетъ выходить ежемѣсячно книжками, объемомъ не менѣе пяти печатныхъ листовъ.

Подписная цѣна 5 руб. за 12 книжекъ, за пересылку прибавляется 1 рубль.

ПОДПИСКА ПРИНИМАЕТСЯ:

Въ Москвѣ: въ Редакціи **Юридическаго Вѣстника**, на Малой Бронной въ домѣ Фальковской. Въ книжныхъ магазинахъ: **И. П. Анисимова**, на Никольской улицѣ; **И. Г. Соловьева**, и **А. Л. Васильева** на Страстномъ бульварѣ.

Въ С.-Петербургѣ: въ книжномъ магазинѣ **И. П. Анисимова**, рядомъ съ Императорской Публичной Библіотекой.

Оригинальныя сочиненія строго-научнаго содержанія, по всѣмъ отдѣламъ права, предлагаемыя для напечатанія въ журналѣ, будутъ, по желанію авторовъ, вознаграждаемы за каждый печатный листъ, отъ 50 до 75 руб., а переводныя отъ 15 до 25 рублей, смотря по достоинству перевода. Статьи пересылаемыя безъ заявленія о гонорарѣ будутъ сочтены доставленными для безмезднаго помѣщенія ихъ въ **«Юридическомъ Вѣстникѣ»**.

Желающіе пріобрѣсти журналъ за прежніе годы благоволятъ адресовать свои требованія въ редакцію. Цѣна за годовое изданіе, въ переплетѣ, 5 рублей съ пересылкою.

Редакторы: **В. Н. Лешковъ.**
А. М. Фальковскій.

ПРОТОКОЛЫ ЗАСѢДАНІЙ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

за 1876 годъ.

1-го марта.

1) Члены Общества занимались обсужденіемъ редакціи слѣдующихъ вопросовъ, предложенныхъ гг. Балашевичемъ и Тростянскимъ и назначенныхъ для разрѣшенія въ будущихъ засѣданіяхъ Общества. Вопросы редактированы въ слѣдующей формѣ: 1) Опредѣленный въ 1650 ст. X. т. I. ч. мѣсячный срокъ на предъявленіе ко взысканію обязательства относится-ли къ должнику или къ поручителю? 2) Правило, изложенное въ 166 ст. XI т. 2 ч. уст. торг., распространяется-ли и на такихъ наслѣдниковъ лица, торговлю производившаго, кои, неисполнивъ предписанія 163 ст., съ тѣмъ вмѣстѣ ничего изъ наслѣдственнаго имущества не приняли и своихъ наслѣдственныхъ правъ не заявляютъ?

2) Избраны въ члены Общества: мировой судья Ив. Дм. Цѣнинъ, кандидаты правъ: Ив. Сем. Куриловъ, Викт. Ив. Розенблюмъ, Влад. Ив. Менде.

8-го марта.

1) Члены занимались обсужденіемъ вопроса: печатать-ли въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ краткіе протоколы засѣданій

Общества? Г. Котляровъ обратилъ вниманіе членовъ на то обстоятельство, что Юридическій Вѣстникъ помѣщаетъ различныя статьи общаго содержанія, или относящіяся къ судебной практикѣ, такъ что не замѣчается никакой связи между жизнію Общества, его занятіями и его печатнымъ органомъ, что поэтому было бы полезно печатать въ немъ всѣ протоколы засѣданій Общества, изъ которыхъ бы каждый посторонній, интересующійся Обществомъ, могъ видѣть, чѣмъ занимается Общество. Постановлено: печатать не только краткіе протоколы, но и болѣе подробные отчеты по тѣмъ вопросамъ, по которымъ члены подадутъ свои письменныя, мотивированныя, болѣе или менѣе обработанныя мнѣнія.

2) Обсуждали вопросъ, предложенный въ прошломъ засѣданіи и касающійся толкованія 1560 ст. X. т. I ч. Докладчикъ г. Балашевичъ высказалъ мнѣніе, что мѣсячный срокъ относится къ должнику, установленъ въ интересахъ поручителя, какъ особая льгота и гарантія для него. Г. Баснинъ заявилъ, что ст. 1560 сама по себѣ достаточно опредѣленна по своему смыслу, но что во второй половинѣ ея слѣдовало бы сдѣлать, для большей ясности, поправку въ редакціи текста. Г. Джаншіевъ поддерживалъ тотъ взглядъ, что редакція 1560 ст. не такъ ясна, какъ кажется на первый взглядъ, ибо уставъ о банкротствахъ, на который обыкновенно ссылаются и изъ котораго взята 1560 ст., хотя и говоритъ объ искѣ къ должнику, но мнѣніе Государственнаго Совѣта 1858 г., видоизмѣнившее вторую половину устава о банкротахъ, установившее 6-ти-мѣсячный срокъ для взысканія при простомъ поручительствѣ, повліяло тѣмъ самымъ и на срочное поручительство. Г. Кохновъ полагалъ, что логическое толкованіе этой статьи весьма ясно указываетъ на то, что мѣсячный срокъ относится къ должнику, что это льготный срокъ для поручителя. Слова: „когда обязательство не далѣе какъ въ мѣсяцъ представлено будетъ куда подлежитъ ко взысканію“ были бы совершенно излишними, если бъ относились къ поручителю. Г. Фальковскій полагалъ, что ст. 1560 не такъ ясна, какъ кажется, и въ доказательство возможности различнаго ея толкованія сослался на рѣшеніе

Кассаціоннаго Сената 1870 г. № 516, въ которомъ мѣсячный срокъ отнесенъ къ поручителю. Вопросъ остался открытымъ.

15-го марта.

1. Продолжали обсуждать предложенный въ прошломъ засѣданіи вопросъ о мѣсячномъ срокѣ, опредѣленномъ въ 1560 ст. Вопросъ разрѣшенъ значительнымъ большинствомъ въ томъ смыслѣ, что искъ въ мѣсячный срокъ долженъ быть предъявленъ къ поручителю. Въ разъясненіи этого вопроса, **Г. Фальковскій,** изложилъ своемнѣніе въ особой запискѣ слѣдующаго содержанія:

„Начнемъ съ краткаго очерка поручительства.

По римскому праву, поручительство (fidejussio) составляло одинъ изъ видовъ интерцессіи вообще.

Intercessio, въ техническомъ значеніи, это добровольный и безъ всякаго предшествовавшаго обязательства актъ, которымъ интерцедентъ принималъ на свой страхъ и рискъ отвѣтственность за чужой долгъ.

Когда цѣль интерцессіи заключалась въ установленіи обязательства интерцедента отвѣтствовать кредитору за долгъ *третьяго лица*, безъ освобожденія впрочемъ чрезъ то послѣдняго отъ его долга, то такой видъ интерцессіи, смотря по различію формы его установленія и юридическаго дѣйствія, именовался adpromissio *) и fidejussio. Послѣдняя, какъ менѣе строгая форма, въ новѣйшемъ римскомъ правѣ, составляла единственный видъ поручительства.

Fidejussio, какъ *придаточное* обязательство, могло существовать только въ отношеніи дѣйствительнаго обязательства и допускалось въ обезпеченіе всякаго рода долговыхъ требованій, существующихъ и будущихъ, и какъ по всему главному долгу, такъ и по части его. Далѣе, оно, по существу своему, не могло выходить изъ предѣловъ долга *главнаго должника* и быть совершено подъ условіями, болѣе обременительными. Обязательство поручительства установ-

*) Sponsio и fidepromissio—это двѣ различныя формы adpromissio.

лялось посредствомъ стипуляціи, но могло быть совершено и въ формѣ письменнаго акта. Юридическое дѣйствіе поручительства между кредиторомъ и поручителемъ первопачально состояло въ томъ, что оно давало кредитору главнаго должника—другаго *вспомогательнаго должника*, отвѣтствовавшаго совмѣстно съ первымъ по главному долгу со всѣми къ нему приращеніями, убытками и % отъ неисполненія. Отъ усмотрѣнія кредитора зависѣло предъявить свой искъ къ главному должнику или же къ поручителю по немъ. Но Юстиніанъ смягчилъ строгость этого правила, допустивъ *beneficium excussionis* или *ordinis*, въ силу котораго поручитель могъ требовать отъ кредитора, чтобъ этотъ послѣдній обратился прежде всего со взысканіемъ къ главному должнику. При стеченіи нѣсколько поручителей по одному акту и одному долгу обязательство ихъ, ipso jure, было *корреальнымъ*. Но со времени рескрипта Адріана, установлено было *beneficium divisionis*, которое 99 новеллою Юстиніана было распространено на всѣхъ *correi debendi*. Способы прекращенія поручительства, платежъ, зачетъ, обновленіе и пр. Поручителю принадлежало право на всѣ возраженія и отводы, самому главному должнику предоставленные, за исключеніемъ тѣхъ, которые непосредственно связаны съ *личностью* послѣдняго, напр. несовершеннолѣтіе. Поручитель въ случаѣ взысканія съ него всего долга или части вправѣ былъ требовать отъ кредитора суброгаціи, beneficium cedendarum actionum; этимъ способомъ поручитель становился въ положеніе procurator'a in rem suam.

По отношенію къ главному должнику поручительство, если оно не было установлено въ интересѣ самого поручителя, имѣло своимъ дѣйствіемъ: что при вчиненіи кредиторомъ иска съ поручителя—этотъ послѣдній пользовался правомъ обратнаго взысканія съ главнаго должника, если поручительство совершалось съ вѣдома послѣдняго, посредствомъ actio mandati contraria; когда же главный должникъ не зналъ объ обезпеченіи, то посредствомъ actio negotiorum gestorum.

Нормы поручительства въ томъ видѣ, въ какомъ оно намъ представляется въ Юстиніановомъ правѣ, въ значительной

степени вошли и въ новѣйшіе кодексы гражданскаго права: Наполеоновъ и Итальянское уложеніе.

Въ какой мѣрѣ въ правѣ новыхъ народовъ принято beneficium excussionis и beneficium divisionis, столь необходимые для установленія справедливыхъ и согласныхъ съ природою поручительства отношеній поручителя къ кредитору и къ главному должнику, это видно изъ нижеслѣдующаго:

Кодексъ Наполеона и Итальянское уложеніе установляютъ: что поручитель отвѣтствуетъ только въ случаѣ *неуплаты* со стороны главнаго должника, имущество котораго должно быть предварительно приведено въ извѣстность, за исключеніемъ отреченія поручителя отъ beneficium excussionis, или *солидарной* отвѣтственности съ должникомъ; что кредиторъ обязанъ привести въ извѣстность имущество главнаго должника въ такомъ только случаѣ, *когда поручитель проситъ о томъ въ первой отвѣтной бумагѣ по иску, противъ него возбужденному*; что обязанность указать имущество главнаго должника и внести впредь издержки, необходимыя для этого, возложена на поручителя; что при стеченіи нѣсколькихъ поручителей за одного должника по одному долгу, каждый изъ нихъ отвѣтствуетъ за уплату всего долга, имѣя впрочемъ право, если только не отказался отъ *права раздѣла*, требовать, чтобы кредиторъ раздѣлилъ предварительно свой искъ, соразмѣрно долямъ поручителей; что въ случаѣ несостоятельности одного изъ нихъ въ то время, когда по ходатайству одного изъ нихъ допущенъ раздѣлъ долга, то этотъ поручитель отвѣтствуетъ соразмѣрно за несостоятельность, открывшуюся до раздѣла; что кредиторъ, добровольно раздѣлившій свой искъ не можетъ отказаться отъ сдѣланнаго уже раздѣла; что поручитель поручителя отвѣтствуетъ предъ кредиторомъ только въ случаѣ несостоятельности главнаго должника и всѣхъ поручителей, или когда они освобождены вслѣдствіе *лично* относящихся къ нимъ и къ главному должнику возраженій.

По отношенію къ главному должнику упомянутые кодексы, установляя для поручителя, уплатившаго долгъ, съ вѣдома перваго, право обратнаго взысканія и въ противномъ случаѣ

сохраняя только за нимъ право иска съ кредитора о возвращеніи уплаченнаго, сверхъ того предусматриваютъ случай, когда поручитель, даже прежде платежа, имѣетъ право требовать вознагражденія съ главнаго должника:

1) Когда платежъ требуется съ него судебнымъ порядкомъ.

2) Если должникъ признанъ несостоятельнымъ или находится въ состояніи неоплатности.

3) Когда должникъ обязанъ освободить его отъ поручительства въ опредѣленный срокъ, который уже истекъ.

4) Когда долгъ подлежитъ взысканію по случаю истеченія срока, назначеннаго для платежа,

и 5) по истеченіи 10 лѣтъ, если главное обязательство безсрочно, развѣ бы оно было такого свойства, что не можетъ быть погашено прежде истеченія опредѣленнаго срока, какъ напр. въ отношеніи опеки, и если нѣтъ условія въ противномъ смыслѣ.

Прусское законодательство, между прочимъ, ограничивая лицъ, завѣдывающихъ казенными кассами въ правѣ вступать въ поручительство лишь на сумму половины стоимости владѣемаго имущества, требуя письменной формы и не считая необходимымъ условіе принятія поручительства со стороны кредитора, ограничивая право женщинъ на вступленіе въ поручительство судебною формою его установленія, повелѣвая изъяснять договоры о поручительствѣ въ тѣсномъ смыслѣ, опредѣляетъ: что поручитель отвѣтствуетъ передъ кредиторомъ тогда, когда этотъ послѣдній докажетъ *неисправность* и *неоплатность* со стороны главнаго должника, за исключеніемъ случаевъ:

1) Когда поручитель самъ отказался отъ подобной льготы.

2) Когда онъ солидарно съ должникомъ обязался.

3) Когда искъ противъ главнаго должника не возможенъ за нахожденіемъ его внѣ предѣловъ государства.

4) Если по судебному рѣшенію, ему дана отсрочка болѣе чѣмъ на одинъ годъ,

и 5) если онъ впалъ въ несостоятельность.

Что же касается до права поручителя, даже прежде платежа требовать вознагражденія съ должника, то оно имѣетъ мѣсто и по законамъ Пруссіи.

1) Когда должникъ расточаетъ свое имѣніе.
2) Когда обнаруживаются признаки несостоятельности,
и 3) Когда должникъ намѣревается выѣхать за границу.

Австрійское законодательство, считая также поручителя *вспомогательнымъ должникомъ*, установляетъ: что къ поручителю можетъ быть предъявленъ искъ, не прежде какъ, когда кредиторъ докажетъ, что онъ требовалъ удовлетворенія отъ главнаго должника. Но эта льгота не распространяется на случай открывшейся несостоятельности или неизвѣстности мѣста жительства главнаго должника. Поручитель въ случаѣ опасенія въ неоплатности главнаго должника или въ намѣреніи скрыться, можетъ требовать отъ него обезпеченія на уплату долга.

По Шведскому торговому праву, поручитель отвѣтствуетъ только при *неисправности* главнаго должника. Если этотъ послѣдній въ день просрочки обязательства скрылся, или находится за границей и нѣтъ въ виду имѣнія ему принадлежащаго, то мѣстное управленіе назначаетъ поручителю срокъ для уплаты.

Въ Англіи поручитель можетъ быть принужденъ къ платежу за должника и кредиторъ не обязанъ предварительно предъявлять искъ къ послѣднему, *если только поручитель не потребуетъ что бы взысканіе первоначально было обращено на имущество главнаго должника.*

Обращаясь къ русскому законодательству о поручительствѣ и ограничиваясь однимъ изъ его видовъ: *поручительствомъ для обезпеченія договоровъ между частными лицами*, мы замѣтимъ, что по древне-русскому праву заемъ между частными лицами не обезпечивался поручительствомъ; что отвѣтственность поручителя имѣла характеръ *личной* отвѣтственности и состояла въ совершенной *замѣнѣ* обязаннаго лица поручителемъ, что взыскивался сначала долгъ съ обязаннаго, а потомъ чего не доставало доправляли на пору-

чителѣ; что въ нѣкоторыхъ случаяхъ этотъ послѣдній вправѣ былъ *отводить* отъ себя взысканіе, указывая на то, что лицо обязанное само въ состояніи исполнить обязательство; что, по обычаю, слѣдовало напередъ править должное на главномъ обязанномъ; что при стеченіи нѣсколькихъ поручителей они почитались *correi promittendi* и *beneficium divisionis* не существовало, такъ какъ поручитель ставился и на *правежъ*; что поручитель, удовлетворивъ кредитора, могъ требовать съ главнаго должника вознагражденія за всѣ понесенные убытки; что форма поручительства въ началѣ была *символическою*, а затѣмъ со второй половины XIV вѣка мы уже имѣемъ памятники *письменной* формы. Уложеніе 1649, провело различіе между поручительствомъ *личнымъ*, прекращавшимся смертью обязаннаго, и *имущественнымъ*, переходившимъ на наслѣдниковъ. Дальнѣйшія преобразованія, со времени Петра Великаго, имѣли своимъ послѣдствіемъ распаденіе института поручительства на нѣсколько частей. Такъ у насъ возникли особыя правила о поручительствѣ къ обезпеченію договоровъ съ казною. Въ XVIII столѣтіи введено поручительство въ обезпеченіе займовъ; уставъ о банкротахъ (1800) далъ намъ правила: *о поручительствѣ по договорамъ и обязательствамъ между частными лицами.* Формы поручной записи измѣнились.

Постановленія дѣйствующаго отечественнаго законодательства сводятся къ слѣдующимъ главнымъ положеніямъ:

1) Поручительство составляетъ особый видъ обезпеченія договоровъ и обязательствъ вообще.

2) Въ поручительство могутъ вступать всѣ лица, которыя вправѣ обязываться договорами вообще (ст. 1555) и что поэтому не могутъ быть поручителями: а) малолѣтные (ст. 218); б) несовершеннолѣтніе, безъ согласія ихъ попечителей (ст. 220); в) глухонѣмые, когда состоятъ подъ попечительствомъ, безъ согласія ихъ попечителей (ст. 381); г) несостоятельные и банкроты (ст. 770); д) публично наказанные и лишенные чести (тамъ же); е) колонисты безъ дозволенія ихъ начальствъ (ст. 788); ж) нижніе воинскіе чины и мастеровые рабочіе горнаго вѣдомства, состоящіе на дѣйстви-

тельной службѣ (т. IX примѣч. къ 554 ст. и касс. рѣш. № 641—70 г.); з) монашествующіе (т. IX, ст. 264 и и) лица бѣлаго духовенства (т. IX, ст. 288).

3) Поручительство можетъ быть принято въ части долга или во всей его суммѣ.

4) Поручительство можетъ быть токмо въ платежѣ суммы, или вмѣстѣ съ тѣмъ и въ платежѣ ея *на срокъ*. Соединеніе ихъ и одновременное помѣщеніе въ поручительной записи не воспрещено закономъ.

5) Отвѣтственность простаго поручителя поступаетъ не прежде какъ по распредѣленіи между заимодавцами главнаго должника, признаннаго несостоятельнымъ денегъ, вырученныхъ чрезъ продажу его имѣнія.

6) Кредиторъ по обязательству, обезпеченному простымъ поручительствомъ, долженъ прежде всего обратиться къ должнику съ требованіемъ о добровольномъ удовлетвореніи, и въ случаѣ безуспѣшности этой мѣры можетъ просить о наложеніи запрещенія на имѣніе поручителя.

7) Простой поручитель, добровольно удовлетворившій кредитора, имѣетъ право обратнаго требованія съ главнаго должника всего уплаченнаго и убытковъ и участвовать въ конкурсѣ по дѣламъ послѣдняго, наравнѣ съ другими кредиторами.

8) Отсрочка заимодавцемъ главнаго долга, безъ согласія на то поручителя, или непредставленіе обязательства ко взысканію въ продолженія 6 мѣсяцевъ, со дня его просрочки, служатъ основаніемъ для освобожденія поручителя отъ всякой отвѣтственности.

9) Въ случаѣ несостоятельности главнаго должника по обязательству, обезпеченному поручительствомъ многихъ лицъ, послѣднія пользуются льготою *раздѣла*.

10) При несостоятельности одного изъ поручителей часть долга на него упадающаго, распредѣляется между прочими.

11) Поручитель *на срокъ* отвѣтствуетъ предъ кредиторомъ какъ и самый главный должникъ, какъ скоро послѣдній въ срокъ не заплатилъ, но только въ томъ случаѣ, когда обязательство, не далѣе какъ въ мѣсяцъ, представлено бу-

детъ куда надлежитъ ко взысканію. Въ противномъ случаѣ поручитель освобождается.

Практика кассаціоннаго Сената дополнила эти положенія:

1) Поручительствомъ могутъ быть обезпечиваемы всякіе договоры и обязательства, даже обезпеченныя закладомъ.

№№ 504 и 522—69 г.

2) Отвѣтственность по договору поручительства наступаетъ не прежде, какъ по возникновеніи *главнаго обязательства.*

№ 504—69 г.

3) Недѣйствительность этого послѣдняго влечетъ за собою и недѣйствительность поручительства по оному.

(Тамъ же)

4) Тѣ же послѣдствія возникаютъ при измѣненіи или обновленіи главнаго договора контрагентами, безъ вѣдома и согласія поручителя.

(Тамъ же)

5) При стеченіи многихъ *срочныхъ* поручителей по одному и тому же обязательству каждый изъ поручителей отвѣчаетъ во всей суммѣ долга.

№ 514—68 г.

Наконецъ и на предложенный намъ вопросъ мы находимъ отвѣтъ въ рѣшеніяхъ: Общаго Собранія Правительствующаго Сената, 8-го октября 1856 года, по дѣлу купца Шемякина, о взысканіи по заемнымъ письмамъ графа Эссенъ-Стенбокъ-Фермора съ несрочной поручительницы по немъ, графини Эссенъ-Стенбокъ-Ферморъ.

Кассаціоннаго Сената по дѣлу Кипіани съ Абхазовыми (№ 516—70 г.), и по дѣлу Уманскаго, Ротенберга и Абрамовича (№ 865—71 г.).

Общее Собраніе Сената находило, что существенное различіе въ дѣйствіи поручительства *простаго* и поручительства *на срокъ* состоитъ въ томъ, что поручившійся *просто* отвѣтствуетъ въ платежѣ токмо въ случаѣ несостоятельно-

сти должника, между тѣмъ какъ поручившійся *на срокъ*, въ случаѣ неплатежа въ опредѣленный срокъ, отвѣтствуетъ *какъ самый должникъ*, и взысканіе можетъ быть обращено *непосредственно* на него съ предоставленіемъ ему требовать удовлетворенія отъ должника.

Кассаціонный Сенатъ, полагаясь на буквальный смыслъ 1560 ст. т. X ч. 1, не допускающей, по мнѣнію Сената, двоякаго толкованія, и, принимая въ соображеніе, что ссылка на Уставъ о банкротахъ (Полн. Собр. Зак. № 19,692), въ которомъ выражено *что срочный поручитель отвѣтствуетъ во всемъ капиталѣ съ рекамбіею въ такомъ только случаѣ, когда векселъ, послѣ протеста не далѣе какъ въ мѣсяцъ, представленъ будетъ въ присутственное мѣсто ко взысканію съ должника*, не можетъ быть принята въ уваженіе на основаніи 65 ст. т. I Основ. Закон. опредѣлилъ: что Судебная Палата признавъ, что по смыслу ст. 1560 т. X ч. 1 *срочный* поручитель Кипіани обязанъ заплатить долгъ кредитору Паракову за неисправныхъ векселедателей Абхазовыхъ и Ксенію Абхазову, исполнила въ точности предписаніе ст. 65 т. 1 основ. Закон. и ст. 9 Уст. Гражд. Суд. примѣнивъ законъ къ данному событію, по точному и буквальному смыслу, безъ всякаго измѣненія и распространенія.

По дѣлу Уманскаго, Ротенберга и Адамовича, Кассаціонный Сенатъ нашелъ: „что Бахмутскій Съѣздъ Мировыхъ Судей, признавъ поручительство вышеозначенныхъ лицъ выданнымъ *на срокъ* и выведя изъ обстоятельствъ дѣла то положеніе, что Вайзбене *лицо обязанное*, по требованію Бахмутской Городской Думы должныхъ денегъ въ срокъ не заплатилъ, совершенно правильно и согласно съ точнымъ смысломъ 1560 ст. 1 ч. X т. Зак. Гр., присудилъ взысканіе по иску Думы съ поручителей, по Вайзбене, такъ какъ при *срочномъ* поручительствѣ законъ вовсе не обязываетъ кредитора, въ случаѣ не уплаты ему долга въ означенный срокъ, *предъявлять искъ сначала къ должнику, а затѣмъ къ поручителю* (Сбор. рѣш. Гражд. Касс. Деп. № 385—67 г. и № 514—68 г.).

Хотя же въ одномъ опредѣленіи своемъ (№ 1776—70 г.) Кассаціонный Сенатъ и выразился, что такъ какъ правило объ обязанности вѣрителя обращаться сначала къ должнику, а потомъ уже къ поручителю по немъ, вытекаетъ изъ соображенія совокупности нашихъ законовъ о поручительствѣ, за исключеніемъ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, но дѣло, по которому это произошло, не касалось *срочнаго* поручительства, почему и опредѣленіе Сената не противорѣчитъ прежде приведеннымъ.

Въ заключеніе нашего реферата, по принятому обычаю, представляемъ и наше мнѣніе по вопросу.

1) Установляемые дѣйствующимъ законодательствомъ виды поручительства: 1) въ платежѣ суммы и 2) вмѣстѣ съ тѣмъ и въ платежѣ ея *на срокъ*, не имѣютъ правильнаго основанія, вытекающаго изъ существа этого договора. Въ обоихъ случаяхъ поручитель намъ представляется *вспомогательнымъ* должникомъ *главнаго должника*. Отвѣтственность *срочнаго* поручителя должна бы отличаться только примѣненіемъ къ ней болѣе краткой исковой давности, нежели къ *простому* поручителю и порядкомъ иска. Причемъ обращаемъ вниманіе что указанный въ уст. о банкр. порядокъ относится къ *векселямъ*.

2) Правило, выраженное объ отвѣтственности поручителя не на срокъ (ст. 1558 по продолж. т. X ч. 1 Зак. Гражд. 1863 г.) на случай несостоятельности лица обязаннаго, понимаемой судебною практикою въ *техническомъ* значеніи, состоитъ во внутреннемъ противорѣчіи съ 1858 ст. т. XI Уст. о торг. несост., ограничивающею случаи признанія несостоятельности суммою долговъ свыше 1500 руб. и распространенною Высочайше утвержд. 1 іюля 1868 г. мнѣн. Госуд. Совѣта на дѣла о неторговой несостоятельности.

3) Ст. 1560 и 1561 т. X ч. 1 Зак. Гражд., уравнивая отвѣтственность поручителя съ отвѣтственностью должника и предоставляя поручителю, заплатившему долгъ по обязательству, участвовать въ конкурсной массѣ, въ качествѣ обыкновеннаго кредитора, убѣждаютъ насъ, что отвѣтственность поручителя *на срокъ* наступаетъ съ момента про-

срочки главнаго обязательства и неисправности лица обязаннаго, почему и кредитору принадлежитъ право *непосредственно* обратиться къ поручителю, при наступленіи условій, предусмотрѣнныхъ приведенною 1560 ст.

4) Интересы поручителя на случай обезпеченія обратнаго взысканія съ главнаго должника при несуществованіи у насъ *beneficium excussionis* достаточно обезпечиваются правомъ *привлеченія лица обязаннаго* къ дѣлу въ порядкѣ, указанномъ 653 ст. Уст. Гр. Судопр.

и 5) Правило выраженное въ Уст. о банкротахъ о порядкѣ взысканія, въ уставѣ измѣненномъ послѣдующими узаконеніями, едва ли можетъ служить основаніемъ для поддержанія мнѣнія, неразъ высказаннаго въ нашей юридической литературѣ, о томъ, что кредиторъ по обязательству обезпеченному поручительствомъ *на срокъ*, долженъ предъявить въ теченіе мѣсячнаго срока обязательство ко взысканію съ самого должника, а не съ поручителя".

Г. Пальховскій обратилъ вниманіе на то, что по нашему праву срочное и безсрочное поручительство—два различныхъ института, которые имѣютъ свои особенныя характеристическія черты. При простомъ т.-е. безсрочномъ поручительствѣ, отвѣтственность поручителя наступаетъ съ момента признанія должника несостоятельнымъ и притомъ въ той части долга, которая останется непокрытою послѣ продажи имущества несостоятельнаго должника и распредѣленія вырученной суммы между кредиторами; за тѣмъ отвѣтственность поручителя продолжается въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня наступленія срока платежу. При срочномъ поручительствѣ поручитель отвѣчаетъ такъ же, какъ самъ должникъ и отвѣтственность его наступаетъ съ момента неисправности должника. т.-е, съ момента неуплаты послѣднимъ въ срокъ обязательства; отвѣтственность поручителя продолжается въ теченіе мѣсяца со дня наступленія срока платежу. Изъ этого различія простаго и срочнаго поручительства достаточно видно, что искъ долженъ быть предъявленъ къ поручителю въ теченіе мѣсяца. Если бы предположить, что искъ долженъ предъявляться къ должнику, то

могутъ наступить различныя невыгодныя послѣдствія какъ для кредитора, такъ и для поручителя. Вслѣдствіе разнообразныхъ, иногда случайныхъ обстоятельствъ, напр. неподсудности дѣла, просьбъ отвѣтчика о переводѣ дѣла въ другой судъ, неправоспособности повѣреннаго и проч. дѣло взысканія можетъ затянуться на долгое время и мѣсячный срокъ истечетъ. Тогда нужно предположить, что или поручитель уже болѣе не отвѣтствуетъ, а если отвѣчаетъ, то кредитору придется, теряя время, вести второе взысканіе, безъ котораго можно было бы обойтись, а поручитель необезпеченный мѣсячнымъ срокомъ поставлялся бы въ весьма невыгодное положеніе. Кромѣ того, если предположить, что искъ долженъ предъявляться къ должнику, а не къ поручителю при срочномъ поручительствѣ, то исчезло бы всякое различіе между срочнымъ и безсрочнымъ поручительствомъ; тогда поручитель отвѣчалъ бы лишь въ случаѣ несостоятельности должника. По всѣмъ этимъ основаніямъ г. Пальховскій полагалъ, что мѣсячный срокъ, опредѣленный въ 1560 ст., относится къ поручителю, къ которому и долженъ предъявляться искъ. Г.г. **Ѳедоровъ** и **Снегиревъ** присоединились къ мнѣнію Фальковскаго и Пальховскаго, указавъ съ своей стороны на многія процессуальныя неудобства, какія могли бы возникнуть, если бы взысканіе предъявлялось прежде всего къ должнику. Г.г. **Баснинъ, Лешковъ** и **Кохновъ** поддерживали мнѣніе, что искъ долженъ предъявляться въ мѣсячный срокъ къ должнику. Баснинъ повторилъ свои доводы, высказанные въ прошедшемъ засѣданіи, а г. Лешковъ настаивалъ на томъ, что у насъ не существуетъ ни beneficium excussionis, ни beneficium divisionis, что процессуальныя неудобства не имѣютъ значенія при разрѣшеніи вопросовъ матеріальнаго права, что должникъ является первымъ обязаннымъ лицомъ, а за нимъ уже поручитель,—Кохновъ обращалъ вниманіе на природу поручительства, какъ обязательства придаточнаго, аксессуарнаго, поэтому первымъ обязаннымъ лицомъ, по его мнѣнію, долженъ являться должникъ, а не поручитель; затѣмъ онъ полагалъ, что слова закона: «поручитель отвѣчаетъ такъ же, какъ и должникъ“ во-

все не выражаютъ солидарнаго обязательства, что это сопоставленіе чисто внѣшнее. Наконецъ гг. **Джаншіевъ** и **Милашевичъ** поддерживали мнѣніе, что искъ относится какъ къ должнику, такъ и къ поручителю. Г. Милашевичъ свое мнѣніе основывалъ на природѣ поручительства. Должникъ и поручитель вступаютъ на самомъ дѣлѣ въ корреальное обязательство, которое даетъ кредитору право выбора. Если взысканіе будетъ предъявлено къ должнику въ теченіе мѣсяца, то обязанность поручителя не прекращается, несмотря ни на какія процессуальныя неудобства, если къ поручителю, то должникъ всетаки остается отвѣтственнымъ, если не передъ кредиторомъ, то передъ заплатившимъ поручителемъ.

2. Избранъ въ дѣйствительные члены общества дѣйствительный студентъ Василій Васильевичъ Сиротининъ.

3. Полученъ отъ предсѣдателя курскаго юридическаго Общества за № 442, „Наказъ внутренней организаціи курскаго юридическаго Общества.

22 Марта.

1. Разрѣшено произвести выдачу жалованья нѣкоторымъ изъ служащихъ лицъ.

2. Вслѣдствіе увѣдомленія управляющаго московскимъ учебнѣмъ Округомъ отъ 17 марта 1876 г, за № 1739 о томъ, что сумма, оставшаяся неизрасходованною отъ 3000 руб., назначенныхъ съ Высочайшаго соизволенія на съѣздъ юристовъ въ Москвѣ въ минувшемъ году, должна быть вытребована до 28 марта, иначе, поступитъ въ свободные рессурсы государственнаго казначейства; обществоопре дѣлило востребовать означенную сумму въ 1000 руб. на имя Ад. Мих. Фальковскаго, какъ члена редакціонной комиссіи, съ тѣмъ чтобъ эти деньги хранились на текущемъ счету въ какомъ-либо кредитномъ учрежденіи.

3. С. А. Муромцовъ изложилъ ученіе Іеринга о владѣніи.

4. Общество занималось разрѣшеніемъ вопроса, предложеннаго г. Тростянскимъ въ засѣданіи 1 сего марта: „правило, изложенное въ ст. 166. II. т. ч. 2. уст. тор. распро-

страняется-ли и на такихъ наслѣдниковъ лица торговлю производившую, кои, неисполнивъ предписанія 163 ст. съ тѣмъ вмѣстѣ ничего изъ наслѣдственнаго имущества не приняли и своихъ наслѣдственныхъ правъ не заявляютъ". Вопросъ разрѣшенъ отрицательно.

Въ преніяхъ принимали участіе, кромѣ докладчика, Сумбулъ, Пальховскій, Ѳедоровъ, Снегиревъ. **Докладчикъ** выясняя предложенный имъ вопросъ полагалъ, что статьи 163 и 166 торгов. уст. устанавливаютъ особый видъ наслѣдованія, отличающійся отъ общихъ условій наслѣдственнаго права, изложенныхъ въ гражданскихъ законахъ, что онѣ допускаютъ условное, льготное принятіе наслѣдства, допускаютъ отсрочку для принятія наслѣдства, призываютъ наслѣдниковъ къ наличному имуществу, въ предѣлахъ котораго они отвѣчаютъ за долги, слѣдовательно признаютъ beneficium inventarii.

Г. **Пальховскій** полагалъ, что отвѣтственность наслѣдниковъ одинакова какъ по общимъ законамъ, такъ и по торговому уставу, что одно пассивное присутствованіе наслѣдника при смерти лица торговаго званія не возлагаетъ на наслѣдника обязанности платить долги умершаго,

Г. **Сумбулъ**, соглашаясь съ окончательнымъ выводомъ гг. Тростянскаго и Пальховскаго о томъ что одно пассивное присутствованіе наслѣдника при смерти лица торговаго званія, не возлагаетъ на таковаго наслѣдника обязанности платить долги умершаго, полагалъ, что 163 и 166 ст. т. XI ч. I имѣютъ не то значеніе, какое придаютъ имъ докладчикъ и Пальховскій. Г. Тростянскій въ 163 ст. видитъ льготу, установленную въ пользу наслѣдника послѣ лица торговаго званія, именно право его условнаго вступленія въ наслѣдство, тогда какъ по общимъ законамъ наслѣдникъ обязанъ имъ безусловно отречься отъ наслѣдства, или безусловно же принять его; далѣе въ 163 ст. онъ видитъ зачатки наслѣдованія по инвентарю; статьѣ же 166 въ той редакціи какъ она помѣщена въ дѣйствующемъ XI томѣ, не придаетъ никакого особаго значенія, полагая, что невыполненіе правилъ, установленныхъ въ 163 ст. по банкротскому уставу 1800 года, изъ котораго заимствованы обѣ статьи, считалось

поводомъ къ объявленію наслѣдника несостоятельнымъ должникомъ за долги наслѣдодателя. Г. Пальховскій сопоставляя 166 и 167 ст. приходитъ къ выводу, что отвѣтственность наслѣдниковъ одинакова какъ по общимъ гражданскимъ законамъ, такъ и по торговому уставу. Обращаясь къ банкротскому уставу 1800 года, изъ котораго заимствованы статьи дѣйствующаго XI тома объ открытіи и принятіи наслѣдства, послѣ лицъ производившихъ торговлю, г. Сумбулъ находилъ, что *подъ налично остающимися наслѣдниками* разумѣются такіе, которые живутъ вмѣстѣ съ наслѣдодателемъ и являются первыми необходимыми охранителями наличнаго имущества и документовъ умершаго. Такое значеніе наличныхъ наслѣдниковъ вытекаетъ изъ 164 ст. о банкротахъ и общаго смысла прочихъ статей, опредѣляющихъ порядокъ охраненія имѣній умершихъ должниковъ (уст. о банкр. ч. I отд. 27). Уставъ о банкротахъ не только не допускаетъ, но и не предполагаетъ того случая, что имущество умершаго должника остается безъ охраны и призора: охранителями такого наслѣдства являются по уставу или полиція, если заявятъ ей свои права кредиторы, или на лицо остающіеся наслѣдники, или хозяева дома, или сторонніе лица, въ завѣдываніи которыхъ будетъ находиться имѣніе умершаго во время смерти. На всякаго изъ такихъ просителей возложены особыя обязанности, въ томъ числѣ и на наличныхъ неслѣдниковъ возложены обязанности, опредѣленныя въ ст. 161 банкротскаго устава, перешедшей въ 163 ст. дѣйствующаго XI тома. Далѣе 166 ст. т. XI о значеніи которой возбужденъ вопросъ г. Тростянскимъ, опредѣляетъ послѣдствія для наличныхъ наслѣдниковъ при невыполненіи правилъ относительно охраненія наслѣдства. Такъ какъ 163 ст. говоритъ о такихъ наслѣдникахъ, которые вслѣдствіе своего положенія и отношеній къ умершему сдѣлались охранителями наслѣдства, то и послѣдствія, опредѣленныя въ 166 ст. могутъ быть примѣняемы лишь къ такимъ наслѣдникамъ, которые приняли въ свое завѣдываніе наслѣдственное имущество, хотя бы и съ единственною цѣлію охраненія. Поэтому по мнѣнію г. Сумбула, 163 и 166 ст. т. XI составляютъ дѣйствительно исключеніе изъ

общихъ гражданскихъ законовъ о наслѣдованіи, по которымъ (1261 ст. т. X. ч. I) принятіемъ наслѣдства признается лишь владѣніе и пользованіе наслѣдственнымъ имѣніемъ въ личную себѣ прибыль, слѣдовательно всѣ распоряженія по наслѣдственному имѣнію съ цѣлію охраненія его, въ интересахъ не личныхъ, а будущихъ наслѣдниковъ, не признаются принятіемъ наслѣдства, тогда какъ при открытіи наслѣдства послѣ лицъ торговаго званія всякое распоряженіе наслѣдствомъ, хотя бы и съ цѣлію охраненія, признается для наслѣдниковъ по родству или по завѣщанію, какъ сказано въ банкротскомъ уставѣ, за принятіе наслѣдства, развѣ бы наслѣдники въ теченіе трехъ дней составили въ присутствіи полиціи и постороннихъ лицъ опись охраняемаго имущества и извѣстили за тѣмъ судъ въ теченіе мѣсяца, что отрекаются отъ наслѣдства, иными словами 163 и 166 ст. т. XI установляютъ особый моментъ принятія наслѣдства, не допускаемый общими гражданскими законами. Такой смыслъ 163 и 166 ст. по мнѣнію г. Сумбула, подтверждается и тѣмъ что 1261 ст. т. X. ч. I, опредѣляющая признаки принятія наслѣдства послѣ лица неторговаго, заимствована изъ второй части того же банкротскаго устава (ст. 110). Что банкротскій уставъ установляетъ особыя льготы для наслѣдниковъ лицъ торговыхъ, вытекаетъ изъ общаго значенія устава о банкротахъ, который изданъ для огражденія правъ и интересовъ кредиторовъ, а не должниковъ и ихъ наслѣдниковъ и притомъ должниковъ торговыхъ преслѣдуетъ съ бо́льшею строгостію, чѣмъ должниковъ неторговыхъ. Правда, что въ общихъ законахъ о наслѣдованіи нѣтъ правилъ о томъ, что наслѣдники если пожелаютъ осмотрѣться могутъ видѣть имѣнія и книги умершаго, но за то въ общихъ законахъ не существуетъ и запрещенія ознакомиться съ дѣлами умершаго раньше принятія наслѣдства, я думаю, что никогда наслѣдники по завѣщанію или по закону не получали отказа въ обзорѣ охранительныхъ описей; срокъ же для принятія наслѣдства или отреченія отъ него назначается имъ десятилѣтній. Далѣе въ 163 ст. т. XI, а равно во всемъ 27 отдѣл. банкротскаго устава нельзя видѣть начатковъ наслѣдованія

по инвентарю: примутъ-ли наслѣдники наслѣдство безусловно, безъ предварительной описи (ст. 160), или составятъ предварительно опись и не отрекутся отъ наслѣдства (ст. 163) или наконецъ вступятъ въ распоряженіе наслѣдствомъ безъ выполненія правилъ установленныхъ 163 ст., во всякомъ случаѣ отвѣчаютъ за долги наслѣдодателя не токмо наслѣдственнымъ, но и собственнымъ имѣніемъ. Если и были зачатки наслѣдованія по инвентарю по банкротскому уставу, то при опредѣленіи наслѣдованія послѣ должниковъ неторговаго званія (уст. о банкр. ч. 2 ст. 110), но при дальнѣйшемъ развитіи законодательства эти начала не только не были развиты, но вовсе устранены.

Г. Пальховскій, возразилъ, что подлежащій разрѣшенію Общества вопросъ, строго говоря, *не составляетъ вопроса*, и мнѣніе свое мотивировалъ слѣдующимъ образомъ:

Предложенный г. Тростянскимъ вопросъ въ сущности заключается въ томъ: обязанъ-ли наслѣдникъ, *ничего изъ наслѣдственнаго имущества не принявшій и своихъ наслѣдственныхъ правъ не заявлявшій*,—слѣдовательно, наслѣдникъ только *in posse*,—отвѣчать собственнымъ своимъ имуществомъ во всѣхъ правильныхъ искахъ, какіе окажутся на умершемъ лицѣ, производившемъ торговлю въ кредитъ? Но послужившія основаніемъ этого вопроса 163 и 166 ст. т. XI час. 2 уст. торг. *ничего подобнаго не говорятъ и никакимъ образомъ не наводятъ на мысль о подобномъ вопросѣ*. Статья 163 говоритъ о томъ, что „на лицо остающіеся наслѣдники (по закону или по завѣщанію) при смерти такого лица, которое вело торговлю *не однимъ собственнымъ капиталомъ, но съ займомъ и кредитомъ отъ другихъ*, обязаны въ тоже время и не далѣе третьяго дня послѣ его смерти призвать чиновниковъ полиціи, а ежели внѣ города, то хозяевъ дома, гдѣ квартировали, или постороннихъ не менѣе двухъ лицъ безпорочнаго поведенія и при нихъ учинить опись конторскимъ книгамъ, документамъ, также наличнымъ деньгамъ и векселямъ; что же потомъ сверхъ описи окажется, то они должны дополнить объявленіемъ въ городской полиціи, а буде внѣ города, то тѣмъ же свидѣтелямъ и нако-

нецъ въ теченіе не далѣе мѣсяца, разсмотря подробно всѣ конторскіе документы и количество имѣнія умершаго и долговъ, на немъ лежащихъ, дать знать на письмѣ ближайшей городской полиціи и подать или послать обстоятельное извѣщеніе въ то судебное мѣсто, которому дѣла о долгахъ по роду жизни и званія умершаго должны быть вѣдомы, вступаютъ-ли они, наслѣдники, въ полное наслѣдство и платежъ долговъ за умершаго, или же сего платежа не пріемлютъ навсегда или до дальнѣйшихъ справокъ; при семъ отреченіи вмѣстѣ имѣютъ доставить въ судебное мѣсто и опись всему оставшемуся въ рукахъ ихъ и извѣстному имъ имѣнію умершаго и долгамъ, такъ же и всѣ конторскія книги записки". Такимъ образомъ, изъ статьи 163 видно, что по отношенію къ наслѣдникамъ законъ какъ бы предоставляетъ имъ beneficium inventarii: имъ дается право сначала ознакомиться съ положеніемъ торговыхъ дѣлъ наслѣдодателя, съ количествомъ его имѣнія и долговъ и затѣмъ уже объявить категорически—вступаютъ-ли они въ наслѣдство и платежъ долговъ, *или же платежа этаго на себя не принимаютъ на всегда или до дальнѣйшихъ справокъ* (что, какъ само собою разумѣется, вовсе неравнозначительно съ отреченіемъ отъ наслѣдства и не исключаетъ возможности вступленія въ наслѣдство впослѣдствіи). Слѣдовательно, если это и beneficium inventarii, то только въ *зародышѣ*, въ своей *первой стадіи* потому что сущность инвентарнаго наслѣдста, т. е. обязанность отвѣчать за долги наслѣдодателя только въ размѣрахъ полученнаго наслѣдственнаго имущества, остается не только *не затронутой*, но напротивъ ст. 160 того же устава прямо говоритъ: „Когда по разсмотрѣніи всего, наслѣдники вступятъ въ наслѣдство, долги платить письменно обяжутся и кредиторы имъ въ томъ повѣрятъ, тогда имѣніе распечатывается, и уже *наслѣдники обязаны отвѣтствовать за всѣ долги умершаго* наслѣдственнымъ и *всѣмъ своимъ собственнымъ имѣніемъ*, а равно и платить судебныя пошлины и штрафы, которые умершимъ внесены не были". Отсюда выходитъ, что наслѣдникъ по уставу торговому, не смотря на намекъ о beneficium inventarii, въ концѣ концовъ, точно также отвѣ-

чаетъ за долги наслѣдодателя *своимъ собственнымъ* имѣніемъ, какъ и наслѣдникъ по общему гражданскому праву. Обращаясь за тѣмъ къ 166 статьѣ, мы видимъ, что въ ней сказано: „Если наслѣдники *бывшіе при смерти торговаго лица*, означенныхъ въ статьѣ 153 распоряженій не исполнятъ, или замедлятъ, и почему замедлили законныхъ причинъ не представятъ, то обязаны отвѣтствовать *наслѣдственнымъ* и собственнымъ своимъ имѣніемъ во всѣхъ правильныхъ искахъ, какіе на умершемъ окажутся". Прямой и буквальный смыслъ этой статьи не возбуждаетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что законодатель подъ „наслѣдниками, бывшими при смерти торговаго лица, разумѣетъ не лицъ, имѣющихъ только право на наслѣдство (наслѣдниковъ in posse), но наслѣдниковъ уже вступившихъ въ наслѣдство (наслѣдниковъ in esse). Будь иначе, законодатель не сказалъ бы, что они отвѣтствуютъ *наслѣдственнымъ* имѣніемъ, потому что прежде, чѣмъ отвѣчать этимъ имѣніемъ, нужно пріобрѣсти его, т. е. вступить въ наслѣдство. Выраженіе „бывшіе при смерти торговаго лица", очевидно употреблено законодателемъ для обозначенія наслѣдниковъ находящихся на лицо, въ отличіе отъ наслѣдниковъ отсутствующихъ. Допустить же мысль, что одно фактическое бытіе при смерти наслѣдодателя дѣлаетъ лицо отвѣтственнымъ за долги его—было бы противно всѣмъ принципамъ права. Точно такъ же нельзя согласиться и съ мнѣніемъ г. Сумбула, который, принимая, что, по общему гражданскому праву, вступленіемъ въ наслѣдство будетъ владѣніе и пользованіе наслѣдственнымъ имуществомъ въ *личную себѣ прибыль*, допускаетъ между тѣмъ, предположеніе, что въ торговой сферѣ вступленіемъ въ наслѣдство можетъ быть признано распоряженіе наслѣдственнымъ имуществомъ *и не въ личную себѣ прибыль*. Думаемъ что такая интерпретація 166 статьи устава торговаго не можетъ быть объоснована юридически. Распоряжаться чужимъ имуществомъ *не въ свою пользу*, а въ пользу собственника, я могу или съ вѣдома собственника, по его порученію тогда будетъ *mandatum*, или безъ вѣдома собственника—тогда будетъ *negotiorum gestio*. Но никакимъ образомъ распоряженіе чужимъ иму-

ществомъ не въ свою пользу не можетъ быть отождествлено съ принятіемъ наслѣдства. Владѣніе и пользованіе имуществомъ *въ личную себѣ прибыль*—вотъ признакъ негласнаго принятія наслѣдства; если этого признака нѣтъ—нѣтъ и принятія наслѣдства, это—принципъ наслѣдственнаго права. Если же въ 154 статьѣ устава торговаго сказано, что „всѣ изложенныя въ законахъ гражданскихъ постановленія объ открытіи и принятіи наслѣдства относятся къ лицамъ всѣхъ состояній, но въ отношеніи лицъ производящихъ торговлю, соблюдаются сверхъ того *особенныя правила*"—то изъ этого никакъ еще не слѣдуетъ, чтобы законодатель, устанавливая эти „особенныя правила" отступился отъ основнаго начала наслѣдственнаго права, измѣнилъ самый принципъ права. Будь это такъ, тогда у насъ было бы два самостоятельныхъ института наслѣдства по закону; наслѣдство по общимъ гражданскимъ законамъ и наслѣдство по уставу торговому. Но у насъ этого нѣтъ и быть не можетъ. Между открытіемъ и принятіемъ наслѣдства по общему гражданскому праву и по праву торговому—у насъ нѣтъ никакой существенной разницы. *Кажущуюся* разницу дѣлаетъ только одно постороннее, привходящее обстоятельство, которое наслѣдству въ сферѣ торговой придаетъ нѣкоторый особый характеръ. При открытіи наслѣдства послѣ лица не занимавшагося торговлею въ кредитъ, еще не извѣстно, есть-ли у него долги, или нѣтъ,—во всякомъ случаѣ законодатель презумировать *неоплатный долгъ* не можетъ. Между тѣмъ наслѣдодатель, который велъ торговлю не однимъ собственнымъ капиталомъ, но *съ займомъ* и кредитомъ отъ другихъ, почему-то заставляетъ законодателя дѣлать презумпцію о *неоплатномъ долгѣ*, хотя бы въ дѣйствительности у даннаго лица наличный капиталъ и активъ безконечно превышали пассивъ. Что законодатель дѣлаетъ, дѣйствительно, эту презумпцію, доказывается статьею 161, въ которой прямо сказано: „Если же наслѣдники отъ платежа долговъ умершаго отрекутся и о томъ въ судѣ объявятъ, *или они по публикаціямъ на срокъ не явятся, или же кредиторы имъ не повѣрятъ: то сіе почитается признакомъ торговой несостоятельности умершаго и все его имѣ-*

ніе поступаетъ въ распоряженіе конкурснаго управленія.

„Такимъ образомъ, законодатель, при неявкѣ наслѣдниковъ, отдаетъ имѣніе наслѣдодателя не въ опекунское управленіе, какъ бы слѣдовало по общему закону, а въ управленіе *конкурсное*: презумпція о неоплатности долга очевидна. Эта же презумпція объясняетъ намъ и все содержаніе 163 статьи торг. уст. въ силу ея предписывается дѣлать опись, въ силу ея требуется отъ наслѣдниковъ категорическій отвѣтъ, отказываются-ли они отъ платежа долговъ навсегда, или до дальнѣйшихъ справокъ. Этою же презумпціею объясняется и та исключительная заботливость законодателя о кредиторахъ, которою проникнуты всѣ особыя правила, касающіяся торговаго наслѣдства. Правда, предполагаемой нами презумпціи какъ бы противорѣчитъ содержаніе 168 статьи, въ которой говорится, что „всѣ изложенныя въ статьяхъ 155—167 правила относятся только къ тому случаю, когда при смерти лица, производившаго торговлю, *не открывается еще его несостоятельность*“,—но здѣсь собственно противорѣчія нѣтъ, такъ какъ презумпція законодателя о несостоятельности и открытіи несостоятельности по признакамъ, указаннымъ въ законѣ—это не одно и тоже. На основаніи всѣхъ этихъ соображеній Пальховскій пришелъ къ заключенію, что предложенный г. Тростянскимъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ *отрицательно,* но не въ силу доводовъ референта, а въ силу совершенно яснаго, никакому сомнѣнію не подлежащаго смысла тѣхъ статей закона, которыя почему-то дали поводъ къ возбужденію настоящаго вопроса.

Возраженіе М. П. **Ѳедорова**: 163 ст. должна пониматься, какъ льгота лицамъ, принимающимъ наслѣдство послѣ умершихъ торговыхъ людей и какъ шагъ къ инвентарному пріему наслѣдства. Дѣйствительно, если обратить вниманіе на то, что статья 163 помѣщена въ уставѣ торговомъ, который почти весь взятъ изъ права обычнаго, мы должны придти къ тому заключенію, что законодатель, создавая ее, имѣлъ въ виду неудобство примѣненія строгаго понятія универсальнаго наслѣдованія къ платежамъ долговъ умершихъ лицъ торговаго званія, ибо понятіе универсальнаго наслѣдованія, прившедшее въ наше законодательство извнѣ и получившее

свое начало въ правѣ римскомъ, совершенно чуждо нашему народу. Въ виду этого необходимо для объясненія ст. 163 обратиться къ жизни и разсмотрѣть тѣ условія, въ которыхъ находится наше торговое дѣло. Дѣйствительно, наслѣдникъ послѣ лица торговаго званія находится совершенно въ иномъ положеніи, чѣмъ наслѣдникъ послѣ лица неторговаго. Какъ не трудно наслѣднику знать дѣла наслѣдодателя, не имѣвшаго торговли, такъ наоборотъ трудно и почти невозможно, въ виду тайны торговыхъ книгъ и оборотовъ, судить о состояніи дѣлъ купца даже самымъ близко-поставленнымъ къ нему лицамъ. Въ виду этой трудности становится совершенно понятнымъ то спеціальное правило, которое законодатель вводитъ въ 163 статью; онъ не могъ не сдѣлать уступки въ примѣненіи строгаго универсальнаго—наслѣдственнаго права и онъ дѣйствительно дѣлаетъ эту уступку и даетъ возможность наслѣднику послѣ лица, производившаго торговлю въ кредитъ, охранить свое имущество въ случаѣ, если долги впослѣдствіи окажутся превышающими наслѣдство; онъ даетъ такому наслѣднику право воспользоваться 163 ст., т.-е. произвести опись въ 3 дня и затѣмъ въ теченіе мѣсяца заявить о своемъ желаніи принять наслѣдство по этой описи. Очевидно также, что если современемъ явятся невошедшіе въ опись долги, которые превысятъ принятое имущество, то наслѣдникъ, исполнившій предписанія 163 ст. пріобрѣтаетъ право не платить излишка ихъ изъ своего имущества, что онъ необходимо долженъ сдѣлать если не воспользуется даннымъ ему 163 ст. правомъ, ибо когда онъ выходитъ изъ подъ охраны ея и становится въ общіе ряды обиженныхъ *строгимъ общимъ закономъ универсальныхъ наслѣдниковъ*.

А. Ф. Снегиревъ. заявилъ, что на ст. 163 и 166 торг. уст. необходимо смотрѣть какъ на исключеніе изъ общаго правила о порядкѣ пріема наслѣдства, слѣдовательно статьямъ этимъ необходимо давать самое ограниченное толкованіе по буквальному ихъ смыслу, если конечно буквальный смыслъ ихъ ясенъ, статьи эти предусматриваютъ *только* тотъ случай, когда послѣ лица, производившаго торговлю, осталось не только его имущество *активное*, но и *пассивное* т.-е,

когда умершій наслѣдодатель велъ торговлю не однимъ собственнымъ капиталомъ, но съ займомъ и кредитомъ отъ другихъ. И вотъ въ этихъ то случаяхъ законъ *стѣсняетъ* наслѣдника въ интересахъ кредитора, и вовсе не даетъ ему льготы принять наслѣдство по инвентарю. Здѣсь вовсе нѣтъ ни малѣйшей тѣни зачатковъ инвентарнаго пріема наслѣдованія. Этимъ объясняется и то видимое противорѣчіе между общимъ порядкомъ наслѣдованія и спеціальнымъ, послѣ лицъ производившихъ торговлю въ кредитъ. Если бы наше законодательство знало *инвентарный* пріемъ наслѣдованія, тогда не было бы надобности установлять особыя узаконенія, изложенныя въ ст. 163 и 166, въ интересахъ кредиторовъ. По нашимъ законамъ, какъ извѣстно, достаточно принять въ свою личную прибыль рубль, чтобы тѣмъ самымъ заплатить кредиторамъ наслѣдодателя сотни руб, а при наслѣдованіи послѣ лица, производящаго торговлю въ кредитъ, достаточно, если наслѣдники, бывшіе налицо, не исполнили предписаній 163 ст. или замедлили исполнить; они тѣмъ самымъ уже *вступили* въ наслѣдство. Въ такомъ законѣ нельзя предполагать недосмотра, противорѣчія, наконецъ допущенія ужасныхъ разорительныхъ послѣдствій для наслѣдниковъ. Наоборотъ, законъ этотъ крайне разуменъ; онъ разсчитанъ для поддержанія интересовъ кредиторовъ; это лучше всего доказывается тѣмъ, что участіе кредиторовъ, при открытіи наслѣдства послѣ лица, торговавшаго въ кредитъ, *активное*; отъ кредиторовъ зависитъ повѣрить или не повѣрить наслѣдникамъ, не смотря на то, наступили или не наступили сроки по долговымъ обязательствамъ. Не то видимъ мы при открытіи наслѣдованія по общимъ гражданскимъ узаконеніямъ. Здѣсь ихъ участіе *пассивное*; активную роль принимаютъ только тѣ кредиторы, у которыхъ наступили сроки по обязательствамъ. Конечно, указанныя статьи предусматриваютъ и интересы наслѣдниковъ въ томъ смыслѣ, что всѣ постановленія законовъ гражд. скихъ объ открытіи и принятіи наслѣдства примѣняются и къ пріему наслѣдства послѣ лицъ, производящихъ торговлю въ кредитъ (154 ст) но конечно по стольку, по скольку эти общія постановленія о наслѣдованіи не

подрываютъ особыхъ правилъ, установленныхъ въ интересахъ кредиторовъ, въ интересахъ кредита вообще. И въ этомъ смыслѣ тою же ст. 166, буквальный смыслъ которой вполнѣ ясенъ, предоставляется наслѣдникамъ, не исполнившимъ предписанія 163, представить законныя причины неисполненія. Но коль скоро наслѣдники не представятъ причинъ неисполненія предписаній 163 ст. ,то является *законное предположеніе*, что наслѣдники приняли наслѣдство и слѣдовательно должны, разумѣется, платить по всѣмъ правильнымъ искамъ, какіе на умершемъ окажутся.

19 Апрѣля.

1. Избранъ въ члены общества Кандидатъ Правъ Юрій Степановичъ Гамбаровъ.

Г. **Карасевичъ** предложилъ присоединить къ обыкновеннымъ занятіямъ Общества, заключающимся въ разрѣшеніи отдѣльныхъ юридическихъ вопросовъ, занятія, имѣющія своею цѣлью систематическую обработку русскаго матеріальнаго гражданскаго права, которая-бы, могла подѣйствовать и привести впослѣдствіи къ начертанію проекта русскаго гражданскаго уложенія. Въ своемъ предложеніи г. Карасевичъ развивалъ слѣдующія мысли: если бы члены пожелали обратиться къ подобнаго рода занятіямъ, то послѣ цѣлаго ряда предварительныхъ работъ мы имѣли бы обширный матеріалъ и имѣли бы возможность воспользоваться имъ для начертанія проекта гражданскаго уложенія, въ которомъ чувствуется въ наше время крайняя потребность. Работа была бы, конечно, нелегкая и продолжительная, но это насъ не должно смущать; временемъ мы не связаны и не составляемъ какой-либо законодательной коммиссіи, на которую возложены правительствомъ спеціальныя обязанности. Если наша работа и не будетъ совершенною, то все-таки она облегчитъ въ извѣстной степени и послѣдующія работы, какія могутъ быть въ законодательной коммиссіи. Вспомнимъ какое значеніе въ этомъ отношеніи имѣли въ Германіи юристы-теоретики и практики въ качествѣ частныхъ лицъ; вспомнимъ какое живое уча-

стіе принимали они въ разработкѣ различныхъ проектовъ общихъ для всей Германіи кодексовъ—торговаго кодекса, вексельнаго устава, уголовнаго уложенія, не говоря уже о мѣстныхъ кодексахъ. Наконецъ смѣемъ думать, что и наша работа не будетъ безплодною и для насъ самихъ. Она дастъ намъ возможность уяснить себѣ общія начала русскаго гражданскаго права, уяснить себѣ въ большемъ свѣтѣ его значеніе и смыслъ въ цѣломъ.

Главныя основанія, которыя побуждаютъ обратиться къ систематической обработкѣ нашего гражданскаго права, лежатъ въ общемъ сознаніи недостатковъ первой части X тома. Для примѣра я укажу на нѣкоторые главные недостатки, не имѣя въ виду перечислить ихъ всѣ: 1) Неполнота свода гражданскихъ законовъ, не смотря на многочисленность статей, очевидна для каждаго, кто встрѣчается лицемъ къ лицу съ дѣйствительною жизнію; такъ въ немъ нѣтъ полнаго и достаточнаго развитія институтовъ найма недвижимыхъ имуществъ и личнаго найма, институтовъ давности, владѣнія, акціонерныхъ компаній и пр. 2) Многіе гражданскіе законы въ немъ не помѣщены, а разбросаны по другимъ томамъ, что нарушаетъ стройность цѣлаго и затрудняетъ примѣненіе ихъ. 3) Казуистичность законовъ; весьма небольшое число статей имѣютъ общее содержаніе, имѣютъ характеръ общихъ положеній. 4) Неопредѣленность многихъ постановленій, неточность редакціи, обильное количество примѣчаній, нѣкоторые излишніе отдѣлы, хотя бы напримѣръ—о совершеніи актовъ. 5) Допущены исключенія въ предметахъ совершенно неважныхъ для губерній Черниговской и Полтавской и не приняты во вниманіе другія мѣстности, неясно говорится объ отношеніи мѣстныхъ правъ къ общему праву, объ отношеніи губерній, состоящихъ на особомъ положеніи, къ губерніямъ состоящимъ на общихъ правахъ. 6) Наконецъ право, заключающееся въ 1 части X т., отражаетъ во многомъ прежнее дворянское, служилое сословіе въ Россіи. Многія статьи могутъ быть объяснены только тѣмъ положеніемъ, которое занимало это сословіе въ прежнее время, вслѣдствіе чего онѣ потеряли уже смыслъ въ настоящее

время, возьмемъ для примѣра хотя наслѣдственную долю дочерей и сыновей, что совершенно не соотвѣтствуетъ нашему настоящему культурному состоянію и нашимъ понятіямъ о справедливости. 7) Наконецъ существуетъ множество законоположеній, въ которыхъ слишкомъ рѣзко проявляется вѣроисповѣдный характеръ. Вотъ главнѣйшіе недостатки нашего гражданскаго свода. Подробности и частности, конечно, еще болѣе знакомы всѣмъ практикамъ; говорить о нихъ значило бы утомлять ваше вниманіе. Какими же способами можно стремиться къ достиженію цѣли начертанія русскаго гражданскаго уложенія, какъ организовать и вести работы, если бы члены пожелали ихъ внести въ занятія общества?

Пути, тѣ способы, которые представляются наиболѣе пригодными для достиженія означенной цѣли, могутъ состоять въ слѣдующемъ. Нужно пройти для этого нѣсколько стадій и вести занятія по нимъ или одновременно, или преемственно, по всѣмъ институтамъ или по одному, смотря по силамъ и числу лицъ.

Эти стадіи можно обозначить въ слѣдующей программѣ.

I. Нужно принять исходнымъ пунктомъ римское Юстиніаново право, съ исключеніемъ всѣхъ историческихъ наслоеній которыя отражаютъ въ себѣ національную особенность и непригодны къ культурному состоянію новыхъ христіанскихъ народовъ. Въ этомъ своемъ видѣ римское право составляетъ значительную часть содержанія новыхъ законодательствъ, имѣло на нихъ огромное вліяніе и нечуждо даже намъ, такъ какъ извѣстная его доля дѣйствовала и у насъ, благодаря Кормчей. Римское право приноситъ намъ слѣдующую пользу: установятся болѣе твердыя общія юридическія понятія, дастъ намъ на первый разъ систему въ томъ ея видѣ, въ какомъ ее излагаютъ нѣмецкіе ученые и въ какомъ она имѣла даже практическое значеніе (сравни напр. Саксонское гражданское уложеніе), оно далѣе покажетъ намъ его отношеніе къ нашему праву, на сколько оно можетъ быть приложено къ нашей жизни, на сколько оно можетъ войти въ наше право. Учебными пособіями при изученіи содержанія римскаго права могутъ служить сочиненія Пухты,

Арндтза, Барона, Макельдея, Виндшейда, Бринца, Синтениса и пр. Схему можно заимствовать у Гессе.

II. Собрать статьи гражданскихъ законовъ, разсѣянныя по другимъ томамъ, а также статьи имѣющія съ гражданскими законами непосредственную связь.

III. Сопоставить и по возможности подвести всѣ собранныя такимъ образомъ статьи, а также законы первой части X т., подъ указанную схему, систему римскаго права, и показать пробѣлы въ нашемъ правѣ и несоотвѣтствія, какія окажутся.

IV. Объясненіе статей гражданскихъ законовъ историческимъ путемъ, т. е. показать какъ возникли тѣ или другія статьи, по какому поводу и когда, показать, имѣютъ ли онѣ корень въ нашемъ прежнемъ старомъ правѣ, преимущественно до-петровскомъ, или возникли случайно. Пособіемъ для этого должны служить: Полное собраніе законовъ, архивъ государственнаго совѣта, II отдѣленія, затѣмъ разныя учебныя книги: Неволина, Побѣдоносцева и другія отдѣльныя изслѣдованія.

V. Объясненіе статей судебною практикою; для этого нужно принять во вниманіе рѣшенія стараго сената, кассаціонныхъ департаментовъ сената, мнѣнія государственнаго совѣта по гражданскимъ дѣламъ, окружныхъ судовъ, судебныхъ палатъ, наши юридическіе журналы и другіе частные труды.

VI. Обозрѣніе и краткое изложеніе содержанія иностранныхъ кодексовъ:—французскаго, австрійскаго, саксонскаго и прусскаго. Статьи и отдѣлы сопоставить и по возможности подвести подъ указанную систему римскаго права.

VII. Ознакомиться съ семейнымъ и наслѣдственнымъ обычнымъ правомъ русскаго народа и расположить юридическія положенія въ указанной системѣ римскаго права.

VIII. Обозрѣть и ознакомиться съ содержаніемъ мѣстныхъ правъ Привислинскаго края, Остзейскаго края, Бессарабской области, гдѣ римское право удержалось въ извѣстной степени до настоящаго времени. Расположить отдѣлы и статьи подъ указанную систему римскаго права.

IX. Установить систему въ окончательной формѣ, обсудивъ системы римскаго права, иностранныхъ кодексовъ, нашего свода и опредѣлить отношеніе проектируемаго кодекса къ обычному праву и мѣстнымъ правамъ.

X. Подвести первоначально принятые отдѣлы, главы, статьи и другія дробленія подъ выработанную окончательно систему.

XI. Редактировать и обсудить статьи.

XII. Обсудить подробно весь проектъ.

По выслушаніи этого предложенія согласились принять участіе въ такихъ занятіяхъ, не обязываясь сроками времени, слѣдующіе члены: Кохновъ, Обнинскій, Соловьевъ, Нерсесовъ, Носъ, Пальховскій, Джаншіевъ, Баснинъ, Хоткевичъ, Карасевичъ, Марконетъ, Гамбаровъ, Столповскій, Федоровъ (впослѣдствіи, по вступленіи въ члены общества присоединился еще П. А. Писемскій).

3) **Г. Пальховскій** предложилъ на обсужденіе вопросъ: воспрещается ли нашими законами передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества, и если не воспрещается, то 1) какимъ образомъ она должна быть совершена и 2) вступаетъ ли цессіонарій во всѣ права цедента?

26 Апрѣля.

Подвергался обсужденію предложенный г. Пальховскимъ въ прошломъ засѣданіи вопросъ. Докладчикъ доказывалъ, что передача (cessio) права, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества, не воспрещается нашими законами и при разъясненіи этого вопроса развивалъ слѣдующіе тезисы:

1) Всякое законоположеніе должно быть объясняемо изъ природы института, къ которому относится, и изъ тѣхъ историческихъ условій, при которыхъ воспріяло силу въ данномъ законодательствѣ.

2) Природа юридическаго института, встрѣчающагося въ русскомъ правѣ, можетъ быть объясняема какъ на основаніи римской догмы, такъ и другихъ законодательствъ.

3) Цессія требованія аналогична съ продажею иска.

4) Такъ какъ продажа иска по закладной не воспрещается нашими законами (т. X ч. I ст. 402, учр. суд. уст. ст. 400), то слѣдственно не воспрещается и цессія закладнаго права.

5) Статья 1853 т. X ч. I, нормируетъ только порядокъ *укрѣпленія* цессіи, запрещая передавать закладныя *по надписямъ*.

6) Исторія залоговаго права подтверждаетъ возможность его цессіи.

7) Залоговое право (какъ jus accessorium) необходимо слѣдуетъ за главнымъ обязательствомъ; а потому при передачѣ требованія, обезпеченнаго залогомъ, тѣмъ самымъ передается и право на залогъ.

8) Закладное право, какъ *вещное* право (jus in re) требуетъ, при передачѣ закладныхъ на недвижимое имущество, такого же *оглашенія*, какъ и при совершеніи закладныхъ. Вотъ почему запрещается передавать закладныя по надписямъ, такъ какъ послѣднія могутъ быть совершаемы и домашнимъ порядкомъ.

9) Мотивъ 21-й статьи банкротскаго устава „поелику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу“ взятъ не изъ сферы этической, а заключаетъ въ себѣ чисто юридическое соображеніе, выражая ту мысль, что, при залогѣ, долговое требованіе не можетъ быть передаваемо по надписи, такъ какъ въ этомъ случаѣ въ договоръ займа привходитъ обстоятельство—обезпеченіе долга имуществомъ—которое личному обязательству придаетъ *вещный* характеръ, сообщаетъ окраску *вещнаго* права.

10) Между новаціей и цессіей нѣтъ генетивной связи: новація не порождаетъ цессіи.

Содержаніе реферата **г. Пальховскаго:**

„Въ русскомъ гражданскомъ правѣ есть два законоположенія, которымъ выпало на долю—хотя совершенно неповинно—служить, въ теченіе болѣе трехъ четвертей столѣтія, довольно сильнымъ тормазомъ въ дѣлѣ нашего экономическаго движенія. Я говорю о 1653 и 1678 ст. I ч. X тома. Одна изъ нихъ, какъ извѣстно, трактуетъ о томъ, что закладныя на недвижимыя имущества не могутъ быть переда-

ваемы *по надписямъ*, другая—что *по надписямъ* не могутъ быть передаваемы закладныя на движимое имущество и домовыя заемныя письма съ закладомъ движимаго имущества. Я говорю: болѣе трехъ четвертей столѣтія. Да, дѣйствительно, такъ какъ эти статьи вошли въ сводъ изъ Банкротскаго устава 1800 года, причемъ только оказался опущеннымъ ихъ мотивъ: въ ст. 21-й второй части устава Банкротскаго передача закладныхъ запрещается, какъ сказано, „*съ подобными надписями* (т. е. какъ на простыхъ заемныхъ письмахъ), *поелику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу*". Ни буквальный смыслъ указанныхъ статей свода законовъ, ни такой же смыслъ 21-й ст. устава банкротскаго, давшей начало означеннымъ статьямъ, нисколько не указываютъ на *безусловное* воспрещеніе законодателемъ *передачи закладныхъ*, т. е. на безусловное воспрещеніе *цессіи закладнаго права*. Между тѣмъ наша судебная практика, а въ слѣдъ за нею и наша юридическая литература (которая, по крайней мѣрѣ до послѣдняго времени, не столько руководила у насъ судебной практикой, сколько сама видѣла въ ней руководящее для себя начало) пришли, на основаніи тѣхъ же статей закона, къ совершенно противоположному выводу. Такъ, напримѣръ, сенатъ (я говорю объ опредѣленіи 1-го отдѣленія 3-го департамента правительствующаго сената, отъ 29 ноября 1873 года, по дѣлу Еловицкой съ Уляницкимъ) нашелъ, что *передача* закладной крѣпости по особой *уступочной сдѣлкѣ* не можетъ установить по отношенію къ имѣнію правъ, присвоенныхъ закономъ залогодержателю, такъ какъ, по 1642 ст. X т. ч. I, залогъ недвижимаго имѣнія между частными лицами совершается не иначе, какъ *крѣпостнымъ порядкомъ*. Тотъ же сенатъ, только по гражданскому кассаціонному департаменту (въ рѣшеніи 1870 г. № 678) категорически высказалъ, что залогодержатель не можетъ *передать* свое право стороннему лицу на основаніи *вѣрющаго письма*. Слѣдовательно, сенатъ положительно отрицаетъ возможность по нашимъ законамъ *цессіи* закладнаго права, такъ какъ, при перемѣнѣ залогопринимателей, посредствомъ совершенія новой закладной отъ должника къ новому креди

тору, будетъ уже не *цессія* права, а *новація* обязательства,— что̀, какъ извѣстно, не одно и тоже. Сущность цессіи въ томъ и заключается, что кредиторъ можетъ свободно, независимо, безъ всякаго спроса должника, располагать своимъ правомъ, какъ имуществомъ, составляющимъ его полную, неограниченную собственность. Отнимите у кредитора цессію,—вы отнимите у него право распоряженія своимъ имуществомъ, вы ограничите его въ правѣ собственности, вы стѣсните его экономическую дѣятельность. Совершенно другое значеніе имѣетъ *новація обязательства*. Новація есть прекращеніе прежняго обязательства посредствомъ установленія новаго; обязательство, замѣнившее прежнее можетъ отличаться отъ него содержаніемъ, личностью должника или кредитора, побочными опредѣленіями, но оно можетъ и ничѣмъ не отличаться, кромѣ того, что будетъ *новымъ* обязательствомъ, а потому хотя явится совершенно сходнымъ съ прежнимъ, но, все-таки, не будетъ *тождественнымъ* съ нимъ. Такъ думаетъ, напримѣръ, *Виндшейдъ*. *Мурлонъ* говоритъ, что новація есть погашеніе одного долга другимъ долгомъ. По мнѣнію *Потье*, новація есть замѣна (субституція) стараго долга новымъ долгомъ. Словомъ, юристы въ новаціи видятъ возникновеніе новаго обязательства, новыхъ юридическихъ отношеній, въ цессіи же только переходъ права отъ одного вѣрителя къ другому, безъ всякой перемѣны обязательства, безъ всякаго измѣненія установившихся юридическихъ отношеній. Самый лучшій образецъ цессіи мы видимъ въ области вексельнаго права. Вексель, разъ выданный, можетъ переходить съ бланкомъ пріобрѣтателя, изъ рукъ въ руки, и каждый векселедержатель, пока вексель находится въ его рукахъ, будетъ настоящимъ кредиторомъ по отношенію къ векселедателю. Новація, какъ извѣстно, образуется различнымъ образомъ: чрезъ перемѣну предмета (объекта) обязательства, чрезъ перемѣну должника, чрезъ перемѣну кредитора, наконецъ чрезъ перемѣну причины долга. При перемѣнѣ кредитора должникъ вступаетъ въ обязательство съ другимъ лицомъ. Вслѣдствіе этого новація чрезъ перемѣну кредитора требуетъ участія трехъ субъек-

товъ: прежняго кредитора, который отказывается отъ своей претензіи,—должника, который дѣлаетъ новый долгъ,—и новаго кредитора, который принимаетъ обязательство должника. Вотъ это-то образованіе новаго долга вмѣсто прежняго и составляетъ, по совершенно вѣрному замѣчанію *Мурлона*, отличіе новаціи чрезъ перемѣну кредитора отъ цессіи претензіи. Когда я вамъ продаю мою претензію,—говоритъ Мурлонъ,—здѣсь тоже происходитъ *перемѣна кредитора*, однако *новаціи здѣсь нѣтъ*, т. е. нѣтъ образованія новаго долга на мѣсто прежняго: къ цессіонарію переходитъ таже самая претензія, какая была и у цедента, со всѣми ея акцессорными обязательствами, привилегіями, ипотекой и поручительствомъ.... Но, быть можетъ, спросятъ: имѣемъ ли мы основаніе, разрѣшая вопросъ по русскому праву, говорить о новаціи, о которой не упоминаютъ русскіе законы? Нѣкоторые наши юристы, дѣйствительно близки къ отрицательному отвѣту на этотъ вопросъ. Такъ, напримѣръ, г. Думашевскій (въ своемъ переводѣ сочиненія Виндшейда „объ обязательствахъ по римскому праву") прямо говоритъ, что „въ виду того, что новація базируетъ, главнымъ образомъ, на положительныхъ постановленіяхъ римскаго законодательства, слѣдуетъ признать, что начала ея *имѣютъ весьма слабое примѣненіе къ русскому праву*". Но я съ такимъ взглядомъ въ принципѣ согласиться не могу. Если смотрѣть на русское гражданское право съ точки зрѣнія I ч. X тома, то вѣдь мы не доищемся въ немъ не только нѣкоторыхъ понятій, безспорно вошедшихъ въ наше юридическое сознаніе, но даже цѣлыхъ юридическихъ институтовъ, которые тѣмъ не менѣе существуютъ у насъ, регулируютъ нашу жизнь и находятъ полное признаніе со стороны судебной власти. Таковъ, напримѣръ, и институтъ новаціи. Въ жизни она практикуется постоянно, съ такимъ же постоянствомъ признается и судомъ. Притомъ нужно замѣтить слѣдующее. Положимъ, римское право не легло въ основаніе русскаго права,—но можно ли сказать, что наше право совершенно изолировало себя отъ вліянія права римскаго? Полагаю, что нѣтъ. Усвоивая европейскую цивилизацію, мы стали усвои-

вать и римскія юридическія начала, которыя играли и играютъ такую великую роль въ этой цивилизаціи. Эти начала мало-по-малу проникаютъ въ наше право и производятъ въ немъ существенныя измѣненія. Русскіе юристы воспитываются на римскомъ правѣ и незамѣтно вносятъ римскія юридическія воззрѣнія въ нашу законодательную сферу. Сравните уложеніе Алексѣя Михайловича и сводъ Сперанскаго,—и вы увидите, что римское право проникло и въ русское законодательство. О судебныхъ уставахъ 1864 года уже и говорить нечего: перенесенные съ французской почвы, они не могутъ отрицать свою связь съ римской догмой, на которой развилось все французское право. Кромѣ того, не нужно забывать о *космополитическомъ* значеніи римскаго права". Если снять съ него все мѣстное, временное, чисторимское—оно превратится въ систему формулъ, положеній, настолько же устойчивыхъ, насколько устойчивы положенія въ математикѣ. Римское право—это своего рода математическій анализъ для юристовъ. Отъ того безъ него нельзя и шагу шагнуть. Такъ было прежде, такъ есть теперь, такъ будетъ и всегда. Жизнь дастъ новое содержаніе,—формула же останется таже. Юридическія явленія подобны физіологическимъ. Что̀ намъ за дѣло, что Гиппократъ, Бэль, Мажанди, Гарвей, Дюбуа-Реймонъ, Клодъ-Бернаръ—дѣлали свои наблюденія надъ греками, англичанами, французами, нѣмцами и, быть можетъ, въ глаза не видали русскихъ,—да они открыли законы жизни—и мы не только можемъ, но должны пользоваться этими законами, потому что сами—существа и живыя и разумныя, слѣдовательно, живемъ и хотимъ жить сообразно съ физіологическими законами. Если народъ, поставленный въ особо-выгодныя для того условія, проанализировалъ юридическую жизнь *вообще* и плоды своего анализа выразилъ въ своемъ правѣ—мы необходимо должны пользоваться этимъ правомъ. Оно принадлежитъ всему человѣчеству, потому что заключаетъ въ себѣ общечеловѣческіе юридическіе законы,—законы его, такъ-сказать, *юридической физіологіи*". („О правѣ предст. на судѣ" стр. 180)... Итакъ—возвращаясь къ нашему вопросу—сенатъ, какъ един-

ственно-уполномоченный толкователь закона, не признаетъ у насъ цессіи закладнаго права. Литература, какъ я сказалъ, держится почти того же мнѣнія. Такъ, напримѣръ, г. *Побѣдоносцевъ* (въ своемъ „Курсѣ гражданскаго права") говоритъ, что „залогодержатель не можетъ передать свое право при жизни своей стороннему лицу, даже съ согласія залогодателя, посредствомъ простой передачной надписи, тѣмъ менѣе посредствомъ простой передачи какъ движимость, или на основаніи вѣрющаго письма (и при этомъ дѣлаетъ ссылку на приведенное выше кассаціонное рѣшеніе). Для передачи, продолжаетъ г. Побѣдоносцевъ, строгая форма допускаетъ только составленіе *новаго* акта, совершеніе *новой* закладной, съ уничтоженіемъ прежней". Слѣдовательно, г. Побѣдоносцевъ не только вполнѣ раздѣляетъ взглядъ сената, но и базируетъ свое мнѣніе на сенатскихъ рѣшеніяхъ, какъ на ultima ratio. Между тѣмъ отождествленіе сенатскихъ заключеній съ ultima ratio не выдерживаетъ строгой критики: мнѣніе сената, какъ верховнаго судилища въ имперіи, въ сущности есть ничто иное, какъ суммарное мнѣніе русскаго суда,—мнѣніе, которое, тѣмъ самымъ, обязательно для каждаго судебнаго установленія въ отдѣльности, но нисколько не обязательно для теоретическаго изслѣдователя въ области права. Для послѣдняго обязательно только мнѣніе *науки*, т. е. ея конечный въ данное время выводъ, который и составляетъ, дѣйствительно, ultima ratio.... Другой нашъ юристъ, г. *Мейеръ* высказываетъ въ своихъ лекціяхъ по гражданскому праву почти такой же взглядъ, какъ и г. Побѣдоносцевъ. Онъ говоритъ, что „наше законодательство по однимъ обязательствамъ допускаетъ *передачу права* другому лицу, тогда какъ по другимъ допускаетъ ее не иначе, какъ только съ *согласія должника*. Но, если, напримѣръ, дѣло идетъ хотя и о производствѣ денежнаго платежа, но обстановка платежа сколько-нибудь касается лица платящаго, напр. *заемъ обезпеченъ залогомъ имущества*, то передача права по обязательству возможно только при *согласіи* на то должника.... Когда заемное письмо имѣетъ видъ закладнаго акта, когда заемъ обезпеченъ залогомъ, то пере-

дача права по займу не допускается безъ *согласія* должника; при согласіи же его совершается не иначе, какъ посредствомъ особаго акта, а не передаточною надписью (ст. 1653 и 1678): законодательство имѣетъ въ виду, что при займѣ обезпеченномъ залогомъ, должнику *не все равно*, кому бы ни состоять должнымъ, кому бы ни предоставить право залога". Такимъ образомъ, и г. Побѣдоносцевъ и г. Мейеръ допускаютъ только новацію обязательства, цессію же закладнаго права отрицаютъ. Того же взгляда держится и новая редакція „Судебнаго Вѣстника". Въ № 40-мъ своей газеты она разсуждаетъ такъ: „Что касается собственно до передачи закладныхъ крѣпостей, cessio, въ настоящемъ смыслѣ этого слова, какъ сдѣлки объ уступкѣ залогодержателемъ своихъ правъ по закладной третьему лицу, помимо воли и согласія на такую уступку залогодателя, то таковая передача по нашему праву *безусловна* не допускается. Въ этомъ убѣждаетъ внутренній смыслъ относящихся сюда законоположеній, согласно которому эти послѣднія, не смотря на все несоотвѣтствіе свое современнымъ требованіямъ экономической жизни, должны быть примѣняемы. По силѣ 2058 ст. I ч. X т. св. зак., заимодавецъ „*воленъ*" передавать до срока и послѣ онаго „другому, кто похочетъ заплатить ему деньги за заемщика," *лишь* заемныя письма, которыя не обезпечены залогомъ. Слѣдовательно, по смыслу этой статьи, заемныя письма, обезпеченныя залогомъ, не могутъ быть *вообще* передаваемы третьимъ лицамъ по односторонней волѣ заимодавца. Выводъ этотъ истекаетъ еще и изъ историческаго толкованія ст. 2058 и 1653 I ч. X т. Объ эти статьи основаны на ст. 17 и 21 банкротскаго устава 1800 г., изъ коихъ послѣдняя объясняетъ запрещеніе передавать закладныя на недвижимыя имѣнія по надписямъ тѣмъ обстоятельствомъ, „понеже заемщикъ ввѣрилъ свое имущество заимодавцу". Изъ сего видно, что законъ, установляя означенное запрещеніе, имѣетъ въ виду интересы должника, для коего можетъ быть небезразлично, кто собственно будетъ обладать правомъ воспользоваться всѣми тѣми послѣдствіями, которыя опредѣлены на случай неплатежа въ срокъ долга по

закладной, и что, такимъ образомъ, ст. 1653, толкуемая не буквально, а *по внутреннему ея смыслу*, обнимаетъ собою запрещеніе передачи третьимъ лицамъ закладныхъ на недвижимыя имущества, по односторонней волѣ залогодержателя, *въ какой бы формѣ передача эта ни осуществилась*, а, слѣдовательно, и въ формѣ отдѣльныхъ уступочныхъ сдѣлокъ"... Нѣтъ сомнѣнія, со всѣми этими разсужденіями слѣдовало бы необходимо согласиться, если бъ только тотъ „внутренній смыслъ" 1653 ст., о которомъ говоритъ редакція „Судебнаго Вѣстника", не былъ созданъ самою редакціей, посредствомъ прибавки къ ст. 2058-й многовѣскаго слова „*лишь*". Дѣйствительно, въ ст. 2058-й сказано, что „крѣпостныя и домовыя заемныя письма безъ залога воленъ заимодавецъ до срока и послѣ срока передать другому, кто похочетъ заплатить ему деньги свои за заемщика и принять все право ко взысканію безъ оборота на заимодавца"; слѣдовательно, здѣсь идетъ рѣчь о правѣ передачи заемныхъ писемъ безъ залога. Если же мы къ тексту статьи прибавимъ слово „лишь", то выйдетъ, что *одни только* крѣпостныя и домовыя заемныя письма безъ залога можетъ заимодавецъ передать другому,—словомъ, выйдетъ то, чего нѣтъ въ законѣ. Обосновавъ *такъ* свое мнѣніе, редакція „Судебнаго Вѣстника" въ тоже время находитъ, что „запрещеніе закономъ передавать закладныя крѣпости стоитъ совершенно одиноко въ нашей системѣ залоговаго права; оно вовсе не связано съ сущностью сего послѣдняго, которая и при существованіи противоположнаго въ этомъ отношеніи правила нисколько бы не измѣнилась. При этомъ приведенное въ банкротскомъ уставѣ 1800 г. основаніе этому запрещенію, „понеже заемщикъ ввѣрилъ свое имущество заимодавцу", крайне несостоятельно. Законъ подразумѣваетъ, очевидно, подъ этими словами ту особенность отношеній между заимодавцемъ и должникомъ, которая имѣетъ мѣсто при обязательствахъ, обезпеченныхъ залогомъ, т. е. то обстоятельство, что залогъ, въ случаѣ просрочки такого обязательства, можетъ поступить во владѣніе заимодавца и что поэтому для должника можетъ оказаться небезразличнымъ, кто будетъ

владѣть его имуществомъ и пользоваться, вмѣсто процентовъ, приносимыми онымъ доходами. Но вѣдь срокъ, въ теченіе котораго залогодержатель можетъ осуществлять такое право, весьма кратокъ: на основаніи 1129 ст. уст. гражд. суд. таковое владѣніе заложеннымъ имѣніемъ продолжается до публичной продажи сего послѣдняго. Далѣе, въ установленіи означеннаго запрещенія нельзя видѣть, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ, преслѣдованіе закономъ фискальныхъ цѣлей, въ видѣ взиманія крѣпостныхъ пошлинъ, такъ какъ послѣднія, въ силу 1646 ст. X т. ч. I, взыскиваются лишь тогда, когда заложенное имѣніе будетъ продано съ публичнаго торга. Слѣдовательно, и при существованіи 1653 ст., *сколько бы разъ ни была совершена новая закладная на одно и тоже имущество, съ уничтоженіемъ предварительно предыдущей*, означенныя пошлины все-таки будутъ взысканы лишь однократно—при продажѣ имущества, если таковая состоится. Между тѣмъ, разсматриваемое постановленіе не имѣетъ уже въ настоящее время разумнаго основанія. Вредное для интересовъ кредитора, оно является такимъ же и для интересовъ лица, нуждающагося въ кредитѣ, особенно долгосрочномъ, такъ какъ при существованіи этого правила рѣдко найти капиталиста, который рѣшился бы, разставшись съ своими деньгами, лишиться въ нихъ, до истеченія срока закладной, всякой оборотной цѣнности. Въ виду сего нельзя не высказать пожеланія скорѣйшей отмѣны ст. 1653 I ч. X т. св. зак., даже и въ томъ случаѣ, если бы введеніе ожидаемой у насъ ипотечной реформы встрѣтило въ настоящее время какія-либо препятствія". Слѣдовательно, для редакціи „Судебнаго Вѣстника" вся помѣха въ 1653 статьѣ. Не будь ея—все было бы прекрасно. Впослѣдствіи я укажу, что вся суть не въ 1653 ст., а—въ *ея толкованіи*. Не законодателю принадлежитъ идея безусловнаго воспрещенія цессіи закладнаго права, а нашимъ юристамъ—теоретикамъ и практикамъ. Теперь же не могу не обратить ваше вниманіе на то, что и редакція „Судебнаго Вѣстника" тоже, какъ видно, смѣшиваетъ цессію съ новаціей: говоря объ отсутствіи фискальныхъ цѣлей въ

запрещеніи *передачи* закладныхъ, она ведетъ рѣчь собственно о совершеніи *новой* закладной на одно и тоже имущество, съ *уничтоженіемъ* предварительно *предыдущей*, т. е. трактуетъ о новаціи обязательства, а не о цессіи права.... Противъ мнѣнія „Судебнаго Вѣстника„ о безусловномъ воспрещеніи передачи закладныхъ высказался въ № 55, той же газеты *г. Вербловскій.* Онъ находитъ, что ст. 1653 X т. ч. I, воспрещающая передачу закладныхъ по надписямъ, принадлежитъ къ числу тѣхъ юридическихъ нормъ, которыя лишены въ настоящее время своего первоначальнаго основанія (ratio legis), потому что залогодержатель не пріобрѣтаетъ съ полученіемъ закладной никакихъ вещныхъ правъ на заложенное имущество, такъ что мотивъ „поэлику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу“ въ настоящее время устарѣлъ. Въ виду этого мы должны толковать приведенную статью закона *рестриктивно,* т. е. что закладныхъ нельзя передавать только по надписямъ, на нихъ же сдѣланнымъ, въ формѣ же отдѣльнаго уступочнаго акта передача закладныхъ возможна“. Г. Вербловскому недавно („Суд. Вѣст.“, № 71, отъ 1 апрѣля) возражалъ *Джаншіевъ*, который находитъ, что основаніе запрещенія передачи закладныхъ осталось и въ настоящее время тоже, что̀ и прежде, т. е. что оно находится въ словахъ банкротскаго устава: „поелику заемщикъ ввѣрилъ свой залогъ заимодавцу“. Законодательство наше,—по мнѣнію г. Джаншіева,—въ отношеніи къ обязательствамъ, обезпеченнымъ залогомъ, стоитъ будто бы *еще на той точкѣ* юридическаго созерцанія, которая не признаетъ другаго способа передачи обязательствъ, какъ посредствомъ novatio obligationis. Такимъ образомъ, г. Джаншіевъ какъ будто видитъ генетивную связь между новаціей и цессіей, какъ будто допускаетъ, что новація должна предшествовать цессіи и порождать ее. Мысль не лишенная оригинальности, но неимѣющая за себя никакихъ историческихъ данныхъ. Окончательный же выводъ г. Джаншіева тотъ, что невозможно допустить, чтобы законодатель, запрещая передачу закладныхъ по надписямъ, разрѣшилъ такую передачу путемъ особаго договора. Аргументомъ такого мнѣнія послужилъ ему не со-

всѣмъ удачно приведенный афоризмъ: cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti. Въ томъ-то и дѣло, что здѣсь вся суть именно въ „Via". Это-то и упустилъ изъ виду г. Джаншіевъ.

Я привелъ почти всѣ, болѣе или менѣе выдающіяся мнѣнія по вопросу о передачѣ закладныхъ. Всѣ они (за исключеніемъ мнѣнія г. Вербловскаго) склоняются къ мысли о безусловномъ воспрещеніи нашимъ законодательствомъ цессіи закладнаго права, и всѣмъ имъ единственнымъ аргументомъ служитъ взятое изъ банкротскаго устава выраженіе „поэлику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу". Но вѣдь такой способъ интерпретаціи закона, по всей справедливости, долженъ быть названъ весьма ненаучнымъ, весьма нефилософскимъ. Способъ этотъ напоминаетъ тотъ пріемъ литературной критики, когда берется одна или нѣсколько отдѣльныхъ фразъ изъ цѣлаго сочиненія и подвергается анализу, безъ всякаго отношенія къ общему духу произведенія, къ основной идеѣ автора. Приговоръ надъ такимъ критическимъ пріемомъ уже произнесенъ,—того же ждетъ и аналогичный пріемъ въ сферѣ юридической интерпретаціи. Чтобы понять отдѣльный законъ, отдѣльное законоположеніе—мало обратиться къ его источнику, напримѣръ—къ акту, въ которомъ первоначально выразилась законодательная воля. Этимъ путемъ мы объяснимъ себѣ только внѣшнюю, механическую связь дѣйствующаго закона съ закономъ ему предшествовавшимъ. Между тѣмъ какъ всякое правоположеніе (Rechtssatz) можетъ быть понято и осмыслено только въ связи съ природой того юридическаго института, къ которому оно относится; только изъ основныхъ началъ даннаго института или институтовъ можетъ быть выяснена и существенная сторона подлежащаго разсмотрѣнію законоположенія,—его, такъ сказать, общая, *родовая* сторона. Тѣ же особенности, тѣ же, такъ сказать, *индивидуальныя* отличія, которыя представляетъ данное законоположеніе извѣстнаго кодекса при сравненіи съ однородными законоположеніями другихъ кодексовъ—должны находить себѣ объясненіе въ тѣхъ особыхъ историческихъ, мѣстныхъ условіяхъ, при ко-

торыхъ вызвано къ жизни данное законоположеніе. Послѣ такого анализа мы, дѣйствительно, придемъ къ совершенному и вполнѣ отчетливому пониманію разсматриваемаго закона, и никто не будетъ имѣть права упрекнуть насъ въ узкости и односторонности воззрѣнія.

Попробую примѣнить указываемый мною методъ къ интерпретаціи 1635 статьи т. X. ч. I, и ставлю вопросъ такимъ образомъ:

Воспрещается ли нашими законами передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества, и если не воспрещается, то: 1) какимъ образомъ она должна быть совершена? и 2) вступаетъ ли цессіонарій во всѣ права цедента?

Приступая къ разрѣшенію такимъ образомъ формулированнаго вопроса, мы сталкиваемся съ двумя институтами—*цессіей* и *залогомъ*, а потому и необходимо должны предварительно войдти въ изслѣдованіе природы того и другаго. Я буду по возможности кратокъ.

Привыкши за всѣми юридическими опредѣленіями обращаться къ римскому праву и въ немъ, какъ въ неизсякаемомъ источникѣ юридической мудрости, отыскивать разрѣшенія всѣхъ возникающихъ въ жизни правовыхъ вопросовъ и сомнѣній, мы и относительно цессіи должны были бы обратиться сначала къ праву римскому. Но по этому вопросу оно какъ будто бы оказать намъ обычной услуги не можетъ. Цессіи обязательства, въ строгомъ смыслѣ, римское право не знало (хотя cessio и римское слово). Смотря на обязательство, какъ на juris *vinculum*, и оставаясь вѣрнымъ этому образному представленію, римскій юридическій умъ не могъ допустить разрыва этого vinculi безъ уничтоженія самаго обязательства,—а потому въ принципѣ и не допускалъ цессіи права однимъ лицомъ другому. Передаваться право отъ однаго *физическаго* субъекта къ другому могло только путемъ наслѣдованія, т. е. при посредствѣ фикціи о вѣчности, неисчезаемости *юридическаго* субъекта—юридической личности. Не выходя изъ абстрактной, чисто логической сферы—все это совершенно вѣрно и вполнѣ послѣдовательно. Но

жизнь, какъ имѣющая дѣло съ фактами конкретными, очень часто нарушаетъ требованія строгой логики, или—говоря точнѣе—подчиняетъ абстрактное мышленіе своей собственной логикѣ. Тоже случалось и съ цессіей. Когда въ практическомъ жизненномъ обиходѣ сказалась потребность въ передачѣ облигаціонныхъ правъ—римская юриспруденція (вообще весьма чуткая къ потребностямъ жизни) нашлась какъ выдти изъ затрудненія: цедентъ сталъ предоставлять цессіонарію въ качествѣ прокуратора, вести искъ (отсюда выраженія: *mandare actiones*, *actiones persequendas praestare*), но вести его, какъ *свой собственный* (вслѣдствіе чего римскіе юристы такого повѣреннаго, такого мандатарія называютъ *procurator in rem suam*). Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur (Dig. 2, 14, 13 Paul). Такимъ образомъ, цессія права у Римлянъ происходила посредствомъ mandatum,—и это была настоящая цессія, такъ какъ она совершалась безъ вѣдома должника и нисколько не требовала его согласія. Преторъ Рутилій для такого рода исковъ измѣнилъ даже формулу: „Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X millia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio (т. е. прокуратору Публія Мевія) sestertium X millia condemna, si non paret, absolve“ Впослѣдствіи же, при императорахъ, цессіонарію давался уже самостоятельный искъ, какъ actio utilis. Такова исторія цессіи въ римскомъ правѣ. Я сказалъ, что это право, по вопросу о цессіи, какъ будто не можетъ оказать намъ своей услуги, познакомивъ насъ съ природой этого института. Да, но только *какъ будто бы*. Въ сущности же мы изъ римскаго права можемъ вполнѣ почерпнуть настоящую идею о природѣ цессіи. Во всѣхъ сочиненіяхъ, трактующихъ о цессіи, вы непремѣнно увидите ссылку на 4-й титулъ восьмой книги *Дигестъ* и на 39-й титулъ четвертой книги *Кодекса*, т. е. на тѣ мѣста въ источникахъ, въ которыхъ говорится *de hereditate vel actione vendita*. И дѣйствительно, все что можно почерпнуть въ источникахъ о цессіи—вы почерпнете изъ этихъ мѣстъ. Такимъ образомъ, цессія у юристовъ отождествляется съ продажей наслѣдства, или иска,—слѣ-

довательно, приравнивается вообще къ продажѣ права на имущество (такъ какъ наслѣдство и искъ, съ точки зрѣнія гражданскаго права, суть имущество). Если же мы примемъ въ соображеніе, что покупка права на имущество есть одинъ изъ *способовъ пріобрѣтенія* вообще права на имущество, то *цессія*, по отношеніи къ цессіонарію, будетъ именно *способомъ пріобрѣтенія права на имущество*. Такова, дѣйствительно, и есть природа этого института. Но цессія не всегда проистекаетъ изъ купли-продажи; она можетъ имѣть и другія основанія, другія justae causae—мѣну, дареніе, назначеніе приданаго, исполненіе обязательства—но, по природѣ своей, она всегда будетъ способомъ—съ одной стороны отчужденія, а съ другой пріобрѣтенія права на имущество, притомъ на имущество, которое, въ моментъ цессіи, выражается только въ *правѣ требованія, или въ искѣ*. При цессіи обязательство обыкновенно переходитъ къ пріобрѣтателю или цессіонарію въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ оно находилось у прежняго кредитора или цедента, т.-е. переходитъ со всѣми своими добавочными правами—залогомъ, поручительствомъ,—словомъ, *цессіонарій вступаетъ совершенно въ права цедента*. Таково общее правило. Цессіи могутъ подлежать всѣ права по обязательствамъ,—исключеній, собственно говоря, не существуетъ. Нельзя передавать только такія обязательства, при исполненіи которыхъ въ пользу цессіонарія, а не цедента, должникъ можетъ почему-либо понести убытокъ, или самое обязательство можетъ измѣниться. Римское право не допускало также передачу обязательства лицу болѣе вліятельному (potentior) сравнительно съ первоначальнымъ кредиторомъ, т.-е. лицу, противъ котораго должнику трудно было бы защищаться. Это законоположеніе весьма типично: оно отлично характеризуетъ присущую римскому праву высшую справедливость (aequitas), но въ тоже время отлично характеризуетъ и римскихъ сановниковъ, римскихъ вліятельныхъ людей. Цедентъ отвѣтствуетъ предъ цессіонаріемъ только за юридическое значеніе обязательства (veritas nominis), но не за фактическую его осуществимость (bonitas). Вотъ общія характери-

стическія черты института цессіи, которыя мы встрѣчаемъ какъ въ римскомъ правѣ, такъ и въ европейскихъ законодательствахъ, на немъ основанныхъ. Французское право (Cod. civil art. 1690), кромѣ того требуетъ, въ интересахъ цессіонарія и третьихъ лицъ, чтобы цессія была извѣстна должнику; фактъ извѣщенія можетъ констатироваться или посредствомъ *засвидѣтельствованнаго принятія цессіи должникомъ* (par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique), или посредствомъ *заявленія о цессіи,* сдѣланнаго должнику цедентомъ или цессіонаріемъ (par la signification du transport faite au débiteur). Что̀ касается до нашего русскаго права, то и ему цессія не безъизвѣстна. Но такъ какъ право наше отличается до крайности фрагментарнымъ характеромъ, вслѣдствіе чего русскому юристу очень часто случается бывать чуть-чуть не въ положеніи Кювье, которому приходилось по одной найденной кости возстановлять цѣлый типъ допотопнаго животнаго,—то и до института цессіи у насъ нужно еще добраться, возстановивъ его типическій характеръ на основаніи разбросанныхъ по нашему своду фрагментовъ—отдѣльныхъ, ничѣмъ между собою несвязанныхъ статей. Но прежде, чѣмъ заняться этимъ возстановленіемъ, необходимо принять въ соображеніе существованіе въ правѣ вообще, а, слѣдовательно, и въ нашемъ, двухъ различныхъ юридическихъ понятій—понятія о *пріобрѣтеніи* права на имущество и понятія объ *укрѣпленіи* этого права. Смѣшивать эти два понятія никакъ нельзя. По ст. 699, т. X ч. I, права на имущества *пріобрѣтаются* не иначе, какъ способами, въ законахъ опредѣленными. Способы эти суть: 1) способы дарственные и безмездные, а именно: пожалованіе, выдѣлъ имущества дѣтямъ отъ родителей, даръ, духовное завѣщаніе; 2) наслѣдство; 3) способы обоюдные, каковы суть мѣна и купля; 4) договоры и обязательства. По статьѣ же 707 того же тома и части, *укрѣпленіе* права на имущество производится: 1) крѣпостными и явочными актами, то есть: внесенными въ акты или книги, для сего установленныя, крѣпостями, записями, договорами и всякаго рода обязательствами; 2) актами домаш-

ними; 3) передачею самаго имущества или вводомъ во владѣніе онымъ. На основаніи же положенія о нотаріальной части, крѣпостными именуются акты, утвержденные старшимъ нотаріусомъ; явочными же называются какъ акты нотаріальные, совершенные нотаріусомъ, такъ и акты, явленные у нотаріуса для засвидѣтельствованія. Какъ способы пріобрѣтенія правъ на имущество, такъ и способы его укрѣпленія нормируются особыми законоположеніями,—и эти законоположенія опять не слѣдуетъ смѣшивать, иначе мы рискуемъ впасть въ большую ошибку и приписать законодателю то, чего онъ никогда не имѣлъ въ виду. По природѣ своей, институтъ цессіи, какъ я уже сказалъ, относится къ числу способовъ пріобрѣтенія правъ на имущество,—а потому нормирующія его, по русскому праву, законоположенія должны быть отыскиваемы въ числѣ способовъ *пріобрѣтенія,* а никакъ не въ числѣ способовъ укрѣпленія; поступивъ иначе, мы непремѣнно придемъ къ ложному выводу,—что̀, дѣйствительно, и случилось съ интерпретаціей 1653 статьи. Съ перваго раза можетъ показаться, что русское право не признаетъ цессіи, такъ какъ въ статьѣ 699, о ней ничего не говорится,—но въ этой статьѣ говорится о *куплѣ-продажѣ,* а этого уже вполнѣ достаточно, ибо общее юридическое сознаніе отождествляетъ цессію съ куплей-продажей. Такъ въ источникахъ римскаго права мы извлекаемъ общія начала цессіи изъ положеній римскихъ юрисконсультовъ относительно *продажи* наслѣдства, или иска; во французскомъ кодексѣ о цессіи облигаціонныхъ правъ (du transport des créances) тоже говорится въ шестой книгѣ, которая трактуетъ о *продажѣ.* По ст. 402, т. X ч. I, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ *имуществамъ* движимымъ. Если же векселя, заемныя письма, закладныя и всякаго рода обязательства суть *имущества,* то, слѣдовательно, мы можемъ съ ними поступать какъ съ имуществомъ вообще, т.-е. можемъ ихъ продавать, дарить, мѣнять, отдавать въ приданое, платить ими долги и т. д. Но такъ какъ имуществомъ въ строгомъ смыслѣ могутъ быть только *вещи* (res corporales), права же, какъ res

incorporales, суть имущество въ отвлеченіи (in abstracto),— то, для дѣйствительнаго превращенія правъ въ имущество, нужно ихъ *реализировать*, превратить въ res corporales, или въ деньги, какъ въ представителя всѣхъ вещей, всякаго имущества. Это же можетъ совершиться только посредствомъ *иска*. Положимъ, для осуществленія, реализаціи своего права не всегда нужно прибѣгать къ иску, но тѣмъ не менѣе, при борьбѣ за право, осуществить его можно только путемъ иска. А отсюда слѣдуетъ, что продать, промѣнять, подарить свое облигаціонное право, свою rem incorporalem—значитъ продать, промѣнять, подарить свой искъ, свою тяжбу. Отсюда слѣдуетъ, что если мы найдемъ въ русскомъ правѣ законоположеніе, которымъ санкціонируется продажа или вообще уступка иска, то мы найдемъ и цессію. Такимъ законоположеніемъ является 400 статья учрежденія судебныхъ установленій. Этою статьею присяжнымъ повѣреннымъ *запрещается* покупать или инымъ образомъ пріобрѣтать права своихъ довѣрителей по ихъ тяжбамъ, какъ на свое имя, такъ и подъ видомъ пріобрѣтенія для другихъ лицъ. Коль скоро же существуетъ такой ограничительный законъ для однихъ присяжныхъ повѣренныхъ, то значитъ: 1) что тѣже присяжные повѣренные могутъ покупать или инымъ образомъ пріобрѣтать права по тяжбамъ лицъ, непринадлежащихъ къ числу ихъ довѣрителей; 2) что всѣ правоспособныя и дѣеспособныя лица могутъ покупать или инымъ образомъ пріобрѣтать права по тяжбамъ другихъ лицъ. Слѣдовательно, въ концѣ концовъ, *цессія права по нашимъ законамъ вообще не воспрещается*. Но мало еще передать свое право; нужно сдѣлать эту передачу обязательною для должника и третьихъ лицъ, т.-е. нужно *укрѣпить* за цессіонаріемъ сдѣланную цессію. Вслѣдствіе этого законъ указываетъ способы укрѣпленія передачи, укрѣпленія цессіи. Но такъ какъ законодательство наше, какъ я уже сказалъ, носитъ отрывочный, фрагментарный характеръ, то относительно нѣкоторыхъ обязательствъ мы найдемъ законоположенія, нормирующія и цессію и ея укрѣпленіе, относительно же другихъ—только укрѣпленіе цессіи. Такъ, статья 555, устава торговаго говоритъ о цессіи векселей:

«вексель, какъ простой, такъ и переводный, можетъ быть переданъ другому, а отъ него третьему и такъ далѣе». Статья 556 того же устава нормируетъ порядокъ укрѣпленія этой цессіи: «передача производится посредствомъ надписи (indossamentum) на оборотной сторонѣ векселя». Статья 2058, т. X ч. I, трактуетъ о цессіи заемныхъ писемъ безъ залога: «крѣпостныя и домовыя заемныя письма безъ залога воленъ заимодавецъ до срока и послѣ срока передать другому, кто похочетъ заплатить деньги свои за заемщика и принять все право ко взысканію безъ оборота на заимодавца». Статья 2059 и слѣдующія того же тома и части нормируютъ порядокъ укрѣпленія цессіи такихъ заемныхъ писемъ: говорятъ объ учиненіи *передаточной надписи* на заемномъ письмѣ, о представленіи этой надписи къ свидѣтельствованію и т. д. Статьи 1653 и 1678, т. X ч. I, говорятъ только о порядкѣ укрѣпленія цессіи закладныхъ, т.-е., собственно, говорятъ о томъ способѣ, какимъ цессія закладныхъ не можетъ быть укрѣплена: закладныя на недвижимыя и движимыя имущества и домовыя заемныя письма съ закладомъ движимаго имущества не могутъ быть передаваемы по надписямъ. Этимъ я оканчиваю анализъ института цессіи. Уже изъ сказаннаго можно сдѣлать выводъ, что наши законы не воспрещаютъ цессіи заемнаго обязательства, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества, а запрещаютъ только, относительно этой цессіи, одинъ изъ способовъ укрѣпленія—совершеніе передаточной надписи на актѣ.... Но, быть-можетъ, въ самой природѣ залога лежитъ нѣчто такое, что̀ вліяетъ на возможность цессіи долговаго обязательства, залогомъ обезпеченнаго? Для этого обратимся къ изслѣдованію института залога. И здѣсь я тоже буду по возможности кратокъ.

Гражданское право — право имущественное по преимуществу. Всѣ личныя дѣйствія здѣсь тоже имѣютъ имущественный характеръ. Положимъ, обязательство есть juris *vinculum*, но это vinculum, крѣпкое и неразрывное in abstracto, въ нѣкоторыхъ конкретныхъ случаяхъ легко можетъ утратить свою неразрывность, свою ненарушаемость: должникъ

можетъ не выполнить своего обязательства,—и вотъ кредиторъ,—если у должника, въ моментъ взысканія, не окажется никакого имущества, или, если и окажется, но будетъ нѣсколько кредиторовъ,—можетъ или вовсе ничего не получить, или получить менѣе, чѣмъ далъ. Конечно, въ этомъ случаѣ помощь кредитору можетъ оказать поручительство, если оно было дано, — но вѣдь и поручительство хорошо только до тѣхъ поръ, пока у поручителя что-нибудь есть. Вотъ почему совершенно основательно замѣтилъ Помпоній: plus cautionis est *in re*, quam in persona. Такимъ образомъ, вещное обезпеченіе представляетъ самую лучшую гарантію, и къ установленію его право всегда стремилось. Вслѣдствіе этого уже въ древнемъ римскомъ правѣ были *fiducia* и *pignus*. Но развитію этихъ институтовъ въ первое время мѣшало *nexum*. Когда же, съ эпохи Самнитскихъ войнъ, закономъ Poetelia Papiria, nexum было отмѣнено,—вещное обязательство получило особое значеніе, такъ какъ установилось правило, что pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium est. Фидуція заключалась въ томъ, что имущество, которое должно было служить кредитору обезпеченіемъ, передавалось ему въ собственность посредствомъ mancipationis или in jure cessionis; кредиторъ же, съ своей стороны заключалъ съ должникомъ договоръ (pactum fiduciae), по которому обязывался, при уплатѣ долга, возвратить должнику его имущество(remancipare vel retro in jure cedere). *Res mancipi* (т. е. недвижимыя имущества въ Италіи, сервитуты, рабы и вьючный скотъ, или какъ говоритъ Іерингъ—все, что находилось въ служебномъ отношеніи къ римскому дому, римской familiae, все, безъ чего въ римскомъ хозяйствѣ нельзя было обойтись) передавались посредствомъ манципаціи; все остальное (res nec mancipi) вручались посредствомъ in jure cessio. Такова была fiducia cum creditore. Съ нашимъ современнымъ залогомъ (даже въ томъ видѣ, какъ онъ практикуется у насъ въ Россіи, или въ Англіи, гдѣ не введена ипотечная система) римская фидуція не имѣетъ ничего общаго. Такъ какъ съ выполненіемъ обряда mancipationis или in jure cessionis, кредиторъ становился *собствен-*

никомъ фидуцированнаго имущества, то онъ могъ владѣть имъ, пользоваться, собирать съ него доходы, отдавать въ наемъ, завѣщать, даже продать. Если же должникъ не платилъ въ срокъ, то pactum fiduciae теряло силу, и фидуцированное имущество оставалось навсегда въ рукахъ кредитора, хотя бы цѣнность его и превышала сумму долга. Впослѣдствіи, однако, pactum fiduciae получилъ болѣе выгодное значеніе для должника: должникъ пріобрѣлъ право требовать, чтобы кредиторъ засчитывалъ доходы съ имѣнія за долгъ и, съ покрытіемъ долга, возвратилъ ему обратно имущество. Если же кредиторъ хотѣлъ воспользоваться правомъ удержать за собой имущество, при неуплатѣ въ срокъ долга, то обязанъ былъ заключать для этого съ должникомъ особый договоръ—такъ называемый *lex commissoria* (отмѣненный, впрочемъ, впослѣдствіи императоромъ Константиномъ). Кромѣ того, должнику давался противъ недобросовѣстнаго кредитора искъ, на основаніи pactum fiduciae — actio fiduciae, который, въ случаѣ кондемнаціи, кончался весьма невыгодными послѣдствіями для кредитора—уплатой двойной цѣны фидуцированнаго имущества и, сверхъ того, инфаміей. Но была еще особенность въ римской фидуціи, которая отличаетъ ее отъ нынѣшняго залоговаго права, — это usureceptio fiduciae causa: если должникъ, въ теченіе года, владѣлъ на свое собственное имя фидуцированнымъ имуществомъ, то его владѣніе обращалось въ право собственности, какъ при usucapio. При fiducia cum creditore, какъ мы знаемъ, фидуцированное имущество переходило въ собственность кридитора; не то было при другой формѣ вещнаго обезпеченія—*pignus*. Сущность pignoris, какъ извѣстно состояла въ томъ, что имущество, обезпечивающее долгъ, переходило къ кредитору не въ собственность, а только во *владѣніе*. Предметомъ pignoris могли быть всякаго рода вещи, которыя только представляли возможность владѣть ими. Установлялся pignus посредствомъ одной традиціи; для него не нужно было ни mancipatio, ни in jure cessio.... Итакъ, въ фидуціи мы видимъ передачу имущества въ собственность, въ pignore же—во владѣніе. Но на этомъ раз-

витіе залоговаго права не остановилось. Римляне выработали еще другую форму обезпеченія—*ипотеку*, при которой ипотечное имущество оставалось во владѣніи должника, но служило только обезпеченіемъ претензіи кредитора. По мнѣнію однихъ, ипотека—происхожденія греческаго, другіе признаютъ, что она возникла на почвѣ римскаго права, но относятъ ее то къ *fiducia cum amico*, то къ закладыванію своихъ invecta et illata, въ обезпеченіе арендаго договора,—закладыванію, которое охранялось посредствомъ *interdictum Salvianum*. Послѣднее мнѣніе, кажется, имѣетъ за себя болѣе научныхъ соображеній.... Впослѣдствіи, когда interdictum Salvianum оказался невполнѣ дѣйствительнымъ для охраненія правъ собственника арендуемаго участка отъ притязаній третьихъ лицъ, преторъ Сервій установилъ для отдающаго въ аренду имущество особаго рода *вещный искъ*, которымъ можно было защищаться противъ всякаго, кто завладѣвалъ заложенными собственнику земли illata et invecta, принадлежащими арендатору. Искъ этотъ, какъ извѣстно, носилъ названіе *actio Serviana*.... Вотъ уже мы у преддверія настоящаго закладнаго права, — еще шагъ, еще одно обобщеніе—и идея закладнаго права выяснится во всей своей полнотѣ. Это и совершилось посредствомъ *actio quasi Serviana:* преторъ сталъ давать этотъ искъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда требовалось *вещное обезпеченіе*.... Такъ возникла ипотека, вытѣснившая впослѣдствіи фидуцію и преобразившая pignus. Изъ Рима ипотека перешла и въ законодательство европейскихъ народовъ. Но эпоху въ дѣлѣ развитія и установленія закладнаго права составляетъ появленіе въ Пруссіи, 20-го декабря 1783 года, *положенія объ ипотечной системѣ* (Hypotheken-Verordnung). Существенную часть этого положенія составляетъ установленіе *поземельной книги* (Grundbuch), въ которую вносятся недвижимыя имущества, съ подробнымъ ихъ описаніемъ и съ исчисленіемъ всѣхъ лежащихъ на нихъ повинностей (Reallasten) и долговъ. Долги записываются въ книгу постепенно по мѣрѣ ихъ возникновенія; въ такой же постепенности производится и удовлетвореніе долговъ изъ имущества. Въ подобномъ же видѣ

введена ипотечная система и въ другихъ германскихъ государствахъ, а также во Франціи, Нидерландахъ, Тосканѣ. Собственно же говоря, въ Европѣ существуютъ двѣ ипотечныя системы — *германская* и *французская*, которыя въ основаніяхъ своихъ представляютъ довольно существенныя различія. Кредиторъ, въ пользу котораго установлена ипотека, имѣетъ право требовать удовлетворенія своей претензіи, въ чьемъ бы владѣніи имущество ни находилось.... Я напомнилъ вамъ, м. м. г. г., главные моменты въ исторіи закладнаго права. Но вотъ весьма важныя для нашего вопроса положенія изъ догмы этого права (я говорю о германской ипотечной системѣ). Ипотечный *кредиторъ можетъ уступить другому свое требованіе, записанное въ ипотечную книгу*, вполнѣ или отчасти; ипотечный *кредиторъ можетъ*, не лишаясь своего ипотечнаго права, *уступить свое старшинство позднѣйшему кредитору*, не нарушая этимъ права старшинства, пріобрѣтеннаго уже другими кредиторами. Законоположенія эти имѣютъ весьма существенное отношеніе къ поставленному мною вопросу — о возможности цессіи закладнаго права вообще.... Перехожу теперь къ краткому очерку закладнаго права въ Россіи. Началось оно у насъ, какъ и въ Римѣ — съ кабалы, а кончится, какъ видно, тоже ипотечною системой. Въ Русской Правдѣ залогъ или закладъ имущества совсѣмъ не упоминается. Первыя извѣстія о залогѣ недвижимыхъ имуществъ мы получаемъ, по словамъ Неволина, изъ закладныхъ на такія имущества, напечатанныхъ въ Актахъ Юридическихъ. Изданные въ XVI и XVII столѣтіяхъ до Уложенія царя Алексѣя Михайловича законы о залогѣ недвижимыхъ имуществъ малочисленны. Составленіе договора залога недвижимыхъ имуществъ, по самому существу этого договора,—по словамъ того же Неволина, — должно было опредѣляться правилами съ одной стороны о продажѣ и покупкѣ имуществъ, съ другой — о договорѣ займа. Залогъ недвижимаго имущества совершался написаніемъ акта, носившаго названіе *закладной*. Въ случаѣ неплатежа долга на срокъ, взысканіе по просроченной закладной происходило сообразно условіямъ залога. Если залогъ

былъ сдѣланъ на томъ условіи, чтобы заложенное имущество по просрочкѣ обратилось въ собственность заимодавца, закладная на вотчину со времени Іоанна IV записывалась въ книги помѣстнаго приказа. Подобнымъ образомъ, конечно, другія недвижимыя имущества должны были записываться для владѣнія въ другихъ приказахъ, по принадлежности. Въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича вопросъ: кто можетъ отдавать имущества въ залогъ, оставленъ безъ прямаго разрѣшенія. Согласно существу залога, особенно выраженному въ правилѣ, что *просроченная закладная обращается въ купчую*, предполагалось безъ сомнѣнія, по мнѣнію Неволина, что отдавать имущество въ залогъ можетъ только тотъ, кто въ правѣ его и продать. Равнымъ образомъ предполагалось, что брать имущества въ залогъ могутъ только тѣ лица, которыя въ правѣ ихъ покупать, *и въ особенности владѣть ими*. Закладныя на вотчины и дворы должно было писать посредствомъ площадныхъ подъячихъ на основаніи общихъ правилъ о совершеніи крѣпостей. Если заложенная вотчина была просрочена, то закладчикъ лишался ея невозвратно. Она дѣлалась собственностію заимодавца и по просьбѣ его справлялась за нимъ помѣстнымъ приказомъ, который только обязанъ былъ снестись съ суднымъ приказомъ о томъ, не приносилъ ли закладчикъ въ этотъ приказъ денегъ до истеченія срока, для платежа заимодавцу. Многія изъ началъ, высказанныхъ въ Уложеніи, относительно составленія залога сохранили свою силу и до настоящаго времени, съ разными, впрочемъ, дополненіями и измѣненіями. Актъ на залогъ недвижимаго имущества между частными лицами постоянно совершается крѣпостнымъ порядкомъ и назывался закладною крѣпостью. Въ особенности банкротскимъ уставомъ 1800 года повелѣно было закладныя крѣпости на недвижимыя имѣнія писать, по приложенной формѣ, соразмѣрно суммѣ ихъ, въ надлежащихъ присутственныхъ мѣстахъ на установленной для крѣпостей гербовой бумагѣ, съ пошлинами, и утверждать подписью не менѣе, какъ двухъ свидѣтелей. До 1737 года, дѣйствовало правило Уложенія, что закладная, по просрочкѣ ея, обращается въ купчую, причемъ просроченныя

закладныя на вотчины для записки надлежало подавать, по уничтоженіи помѣстнаго приказа, въ вотчинную коллегію. Въ 1737 году, былъ установленъ новый порядокъ взысканія по просроченнымъ закладнымъ, сущность котораго заключалась въ томъ, что заложенное и просроченное имущество не прямо записывалось за заимодавцемъ, а сначала подвергалось публичной продажѣ. Чрезъ одиннадцать лѣтъ, т.-е. въ 1748 году, этотъ порядокъ былъ отмѣненъ, по оказавшимся будто бы неудобствамъ, и съ просроченными заложенными имуществами повелѣно поступать на основаніи Уложенія. Банкротскимъ Уставомъ 1800 года, снова и окончательно былъ отмѣненъ существовавшій на основаніи Уложенія порядокъ взысканія по просроченнымъ закладнымъ. Затѣмъ, въ 1818, 1832, 1842 и 1849 годахъ, сдѣланы были нѣкоторыя измѣненія въ правилахъ банкротскаго устава относительно залога, которыя и введены въ сводъ. Въ 1859 году, во второмъ отдѣленіи собственной Его Величества канцеляріи составленъ былъ проектъ положенія объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ *ипотечнымъ порядкомъ*. Проектъ этотъ подвергался разсмотрѣнію въ государственномъ совѣтѣ, откуда въ 1860 году переданъ на обсужденіе бывшей тогда въ Петербургѣ коммиссіи объ устройствѣ земскихъ банковъ. Коммиссія, по разсмотрѣніи проекта, постановила заключеніе свое о главныхъ началахъ ипотечнаго учрежденія въ Россіи. Затѣмъ, въ 1861 году учреждена была по Высочайшему повелѣнію особая коммиссія для составленія проекта законовъ объ обезпеченіи долговъ ипотечнымъ порядкомъ, въ завѣдываніи государственнаго секретаря; независимо отъ того въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ возникло предположеніе о повсемѣстномъ введеніи поземельныхъ книгъ, и учреждена коммиссія объ устройствѣ въ Россіи правильной регистраціи поземельной собственности. Наконецъ, въ декабрѣ 1867 года все дѣло объ ипотечной системѣ передано въ министерство юстиціи, гдѣ образовалась вновь коммиссія по сему предмету, приступившая къ дѣлу въ февралѣ 1868 года и составившая въ 1869 году проектъ устава объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество и

обезпеченіе взысканій ипотечнымъ порядкомъ. «Посему проекту,—говоритъ г. Побѣдоносцевъ,—предположено учрежденіе поземельныхъ книгъ для вотчинной и ипотечной записки. Въ необходимой связи съ симъ учрежденіемъ состоитъ и совершенное измѣненіе нашего закладнаго права, по образцу лучшихъ иностранныхъ законодательствъ, изученныхъ въ теоріи и на практикѣ составителями проекта. Главнѣйшія черты этого проекта слѣдующія: расширеніе кредита возможностью установлять нѣсколько ипотекъ на одномъ имѣніи, уничтоженіе системы *запрещеній* съ замѣною оныхъ запискою ипотеки въ поземельной книгѣ, и, въ подлежащихъ случаяхъ, временными охранительными отмѣтками, полное примѣненіе къ запискѣ *начала публичности,* въ силу коего записанное право одно только считается дѣйствительнымъ въ формальной законной силѣ, какъ право вещное, *специальности* и *старшинства,* рѣшительное устраненіе общихъ, тайныхъ и привилегированныхъ ипотекъ, свобода въ совершеніи закладныхъ сдѣлокъ, съ тѣмъ чтобы укрѣпленіе не было для нихъ обязательно, и чтобы онѣ могли быть совершаемы нотаріальнымъ порядкомъ; *свобода въ передачѣ закладныхъ по усмотрѣнію кредитора,* и выдача владѣльцу залоговыхъ свидѣтельствъ, съ тѣмъ чтобы они могли быть обращаемы въ закладныя нотаріальнымъ порядкомъ, по усмотрѣнію владѣльца; предоставленіе должнику возможности воспользоваться старшинствомъ своего долга по закладной, когда этотъ долгъ погашается наслѣдственнымъ его преемствомъ послѣ кредитора, допущеніе личной отвѣтственности должника, независимо отъ закладной, лишь по особому условію съ кредиторомъ; установленіе новаго сокращеннаго порядка при взысканіи по закладнымъ, безъ вызова отвѣтчика къ суду; замѣна отдачи заложеннаго имѣнія во временное владѣніе залогодержателю—отдачею его, по желанію, во временное, отчетное управленіе кредитору до публичной продажи»..... Итакъ, исторія залоговаго права не даетъ намъ ни малѣйшаго основанія допустить мысль о безусловной невозможности цессіи долговаго обязательства, залогомъ обезпеченнаго. Даже въ римскомъ правѣ, которое въ принципѣ

не допускало вообще цессіи, мы находимъ слѣдующее положеніе, высказанное Павломъ: Emtori nominis etiam *pignoris persecutis* praestari debet; nam beneficium venditoris prodest emtori (Dig. 18, 4, 6). Еще болѣе въ этомъ убѣдитъ насъ *природа* залоговаго права.

Что̀ такое въ сущности, по своей юридической природѣ, *залогъ, залоговое право*? Есть ли это право—самостоятельное, независимое, отдѣльно, само по себѣ существующее? Нѣтъ. «Праву залога,—какъ говоритъ г. Дыдынскій,—должно всегда предшествовать обязательное отношеніе, ибо залогъ составляетъ одинъ изъ способовъ укрѣпленія и обезпеченія долговаго требованія. Безъ обязательства и залогъ существовать не можетъ. Какъ поручительство, такъ равно и залогъ составляютъ jus accessorium. Въ первомъ случаѣ лице принимаетъ на себя обязательство, во второмъ для обезпеченія требованія выдается вещь. Право это находится въ полной зависимости отъ главнаго обязательства, вмѣстѣ съ которымъ оно существуетъ и прекращается». Чрезвычайно картинно это отношеніе выражаетъ Averani, сравнивая залогъ и поручительство съ плющомъ: «sunt hae obligationes haedere similes, principalem obligationem sequuntur, ipsi tenaciter haerent, ea fulciuntur, ea subducta confestim intercidunt». Вслѣдствіе такой природы залога, залоговое право можетъ переходить отъ залогопринимателя къ третьему лицу, вслѣдствіе переуступки требованія, съ которымъ оно тѣсно связано. Ius pignoris *ex natura sua accessoria* principalem suam obligationem tacite sequitur, говоритъ Iaeckel.... Такимъ образомъ, нѣтъ никакого сомнѣнія, что залоговое право подлежитъ цессіи.... Но, быть можетъ, мнѣ возразятъ, что все это совершенно вѣрно, но.... *только въ теоріи, а не по нашему праву*, и снова укажутъ на злополучную 21 статью банкротскаго устава?... Все сказанное мною до сихъ поръ было направлено *именно къ тому*, чтобы устранить *это возраженіе*, сдѣлать его, такъ сказать, *въ принципѣ* невозможнымъ. Если я этого не успѣлъ—значитъ трудъ мой пропалъ даромъ!... Что̀ же касается до 21 статьи банкротскаго устава, этой неповинной виновницы всѣхъ нашихъ недора-

зумѣній, то вотъ, по моему мнѣнію, ея настоящій смыслъ, ея ratio legis.

Въ настоящее время почти большинство юристовъ не отрицаетъ *вещнаго* характера залоговаго права, почти никто, за исключеніемъ Бюхеля и его послѣдователей, не споритъ, что его нужно отнести къ вещнымъ правамъ (jura in re), отъ которыхъ оно отличается только своимъ принадлежностнымъ свойствомъ, принадлежностнымъ характеромъ, какъ jus accessorium. Будетъ ли предметомъ залога имущество въ тѣсномъ смыслѣ (какъ res corporalis) или право требованія (какъ res incorporalis) — это все равно: вещный характеръ залоговаго права отъ этого не измѣняется. Какъ скоро мы находимъ въ имущественномъ правѣ,—говоритъ *Neuner*,—что оно доставляетъ, по своему содержанію *непосредственное* господство надъ *вещнымъ благомъ*, тогда это отношеніе по необходимости есть *вещное право*. А такъ какъ цѣль *закладнаго* права достигается чрезъ то, что залогопріниматель становится въ *непосредственное* отношеніе къ заложенному ему *вещному благу*, такъ какъ залогопріниматель имѣетъ *вещное* обезпеченіе, независимое отъ лица залогодателя,—то отсюда слѣдуетъ, по мнѣнію Нейнера, что *закладное право есть вещное право*,—и такимъ правомъ оно будетъ не только тогда, когда объектомъ его служитъ тѣлесная вещь, но и въ томъ случаѣ, когда его объектомъ будетъ вещь безтѣлесная, т. е. право, и притомъ не только вещное право, какъ напримѣръ, emphyteusis, superficies, но и право требованія. Это—первое соображеніе. Затѣмъ, слѣдующее. При обезпеченіи долговаго требованія залогомъ имущества, всегда является презумпція, что заложенное имущество перейдетъ въ собственность кредитора. Вслѣдствіе этой презумпціи, обрядъ укрѣпленія права при залогѣ отождествляется съ таковымъ же обрядомъ при передачѣ права собственности: это—mancipatio, in jure cessio, traditio, внесеніе въ ипотечную книгу, крѣпостной порядокъ. Залогъ вліяетъ, такимъ образомъ, на внѣшнюю сторону того обязательства, которое залогомъ обезпечивается,—требуется бо́льшая степень гласности, публичности, сдѣлка между част-

ными лицами требуетъ какъ бы соизволенія, санкціи общественной власти. Если это требуется при совершеніи первоначальнаго договора, то, нѣтъ никакого сомнѣнія, юридическая консеквентность должна требовать того же самаго и при цессіи обязательства, обезпеченнаго залогомъ. Такъ оно и есть на самомъ дѣлѣ. По саксонскимъ и баварскимъ ипотечнымъ уставамъ цессія закладнаго права пріобрѣтаетъ силу въ отношеніи къ третьимъ лицамъ и къ должнику *только по внесеніи ея въ ипотечную книгу.* Прусскій ипотечный уставъ не требуетъ, положимъ, внесенія *уступокъ* въ ипотечную книгу для дѣйствительности ихъ (такъ какъ уступка означается *судомъ* на самомъ документѣ), но въ тоже время говоритъ, что для кредитора вѣрнѣе, если онъ огласитъ уступку внесеніемъ ея въ ипотечную книгу. Въ такомъ же смыслѣ я понимаю и 1653 и 1678 статьи, I ч. X т. Ихъ источникъ — 21 статья банкротскаго устава — запрещаетъ передавать закладныя на недвижимыя и движимыя имущества «съ подобными же надписями» т.-е. какъ на простыхъ заемныхъ письмахъ, на томъ именно основаніи, что «заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу», т.-е. потому, что въ договоръ займа привзошло обстоятельство, которое, тѣмъ самымъ, измѣняетъ порядокъ передачи. Передаточную надпись можно сдѣлать и на дому, можно и вовсе не представлять къ свидѣтельству. Вотъ почему, если нельзя написать на дому закладную на недвижимое имущество, то нельзя и передать ее по передаточной надписи, установленной для долговыхъ обязательствъ, залогомъ не обезпеченныхъ. Вотъ ratio legis 1653 статьи (о статьѣ 1678 я не говорю—хотя и къ ней примѣняются тѣже соображенія—такъ какъ она не входитъ въ предѣлы поставленнаго мною вопроса). Но кромѣ этого, нужно принять въ соображеніе еще слѣдующее. Банкротскій Уставъ, изъ котораго составители свода извлекли 1653 статью, появился въ періодъ крѣпостнаго права, когда въ Россіи недвижимыми имуществами по преимуществу считались помѣстья, вотчины, т.-е. имѣнія населенныя, владѣть которыми могли только лица привилегированныя. Припомнимъ, что по Уложенію далеко не всѣ могли принимать извѣстное

недвижимое имущество въ залогъ. Такъ, боярскіе люди и монастырскіе слуги не могли брать въ залогъ вотчинъ; русскіе люди—земель инородцевъ, т.-е. князей, мурзъ, татаръ, мордвы, чуваши, черемисы, вотяковъ, башкирцовъ; бѣломѣстцы—тяглыхъ дворовъ и дворовыхъ мѣстъ; нѣмцы—дворовъ и дворовыхъ мѣстъ въ Китаѣ, Бѣломъ и Земляномъ городѣ и въ загородныхъ слободахъ и т. д. Вотъ, слѣдовательно, еще основаніе, чтобы воспретить передачу закладныхъ крѣпостей на недвижимыя имущества по передаточнымъ надписямъ: нужно было предварительно еще повѣрить правоспособность цессіонарія брать извѣстное имущество въ залогъ,—и сдѣлать это можно было не иначе, какъ при содѣйствіи общественной власти. Отсюда, слѣдовательно, уже само собою вытекаетъ, что *передача* долговыхъ претензій, обезпеченныхъ залогомъ недвижимаго имущества, должно необходимо происходить такимъ же порядкомъ, какъ и само *совершеніе*. Если по прежнимъ нашимъ законамъ, закладныя и недвижимыя имущества должны были совершаться *крѣпостнымъ порядкомъ*, то такимъ же порядкомъ должна была бы совершаться и передача закладныхъ. Какъ при совершеніи закладной, не приступая къ изложенію акта, писцы крѣпостныхъ дѣлъ, и въ особенности надсмотрщикъ, обязаны были внимательно разсмотрѣть, на основаніи правилъ, изложенныхъ въ статьяхъ 769 и послѣдующихъ т. X ч. I, не имѣется ли какихъ-либо законныхъ препятствій къ совершенію предположеннаго акта,—такъ точно слѣдовало поступать и при совершеніи акта о передачѣ права по закладной. Тоже самое и въ настоящее время, при введеніи въ дѣйствіе положенія о нотаріальной части. Такъ какъ старшему нотаріусу, по 158 статьѣ этого положенія, поручается утверждать всѣ акты о недвижимыхъ имѣніяхъ, которые по законамъ гражданскимъ должны быть совершаемы крѣпостнымъ порядкомъ,—то, слѣдственно, и договоры о цессіи претензій, обезпеченныхъ залогомъ недвижимаго имущества, должны быть представляемы на утвержденіе старшаго потаріуса.... Мнѣ, быть можетъ, скажутъ, что я только проектирую порядокъ, но не указываю на существующій въ законахъ.

Напротивъ: я только дѣлаю простой, логическій выводъ изъ положеній, получившихъ санкцію законодательной власти и давно уже воспріявшихъ силу.

Въ заключеніе, коснусь въ нѣсколькихъ словахъ момента, до котораго возможна цессія требованія. По римскому праву, требованіе не могло быть продано другому лицу, или отдано ему въ залогъ, если оно уже предъявлено ко взысканію судебнымъ порядкомъ, и если процессъ уже доведенъ до litis contestatio, т.-е. до конца первой половины (in jure) и до перехода in judicio. Если держаться аналогіи съ римскимъ правомъ, то передавать требованія можно только *до предъявленія иска,* такъ какъ въ современныхъ судахъ дѣйствія, совершавшіяся отдѣльно in jure и in judicio, сливаются вмѣстѣ.

Этимъ я и оканчиваю.

Итакъ, по моему мнѣнію: *нашими законами не воспрещается передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества; совершаться эта передача можетъ посредствомъ договора, утверждаемаго старшимъ нотаріусомъ; по этому договору цесссіонарій вступаетъ во всѣ права цедента.*

ВОЗРАЖЕНІЯ ПРОТИВЪ ДОКЛАДА А. М. ПАЛЬХОВСКАГО.

Въ четвертомъ тезисѣ докладчикъ доказываетъ возможность передачи закладныхъ тѣмъ, что законъ не запрещаетъ передачу исковъ по закладнымъ. Тезисъ этотъ въ такомъ общемъ видѣ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Имущественныя права со вступленіемъ въ періодъ судебнаго спора получаютъ новый характеръ, и бываютъ случаи, когда можно передать искъ (уже начатый), но нельзя передавать самого права, на которомъ искъ основывается или право на начатіе иска, такъ напр. въ губерніяхъ, управляемыхъ на общемъ основаніи, нельзя передавать права на наслѣдство до пріобрѣтенія послѣдняго (прим. къ ст. 709 т. X. ч. I).

Что касается до положеній 5, 8, 9—то едва-ли они выражаютъ истинную мысль законодателя. Если бы законодатель имѣлъ въ виду въ ст. 1653 запретить только *извѣстный* способъ передачи, то онъ привелъ-бы конечно не тотъ

мотивъ, какой онъ привелъ на самомъ дѣлѣ (ст. 21 уст. о банк.) Объясненіе, даваемое г. Пальховскимъ послѣдней статьѣ (полож. 8 и 9), имѣло бы нѣкоторое основаніе, если бы законодатель запрещалъ только передачу закладныхъ на недвижимыя имущества, между тѣмъ онъ одинаково запрещаетъ передачу закладныхъ какъ на недвижимыя, такъ и на движимыя вещи. А извѣстно, что вещныя права на вещи движимыя можно пріобрѣтать не только посредствомъ договоровъ, совершаемыхъ домашнимъ порядкомъ, но даже и словеснымъ. Истинная воля законодателя заключалась въ томъ, чтобы вовсе воспретить передачу закладныхъ. И въ такомъ запрещеніи нѣтъ ничего юридически немыслимаго. Было время, когда запрещалась передача всѣхъ обязательствъ по договорамъ, и теперь еще воспрещается цессія обязательства, вытекающаго изъ договора личнаго найма. Основаніе такого запрещенія коренилось во взглядѣ на обязательство, какъ на vinculum juris, связывающее неразрывными узами договаривающіяся стороны. А что мысль законодателя выражена не въ такой общей формѣ, какъ онъ того желалъ, такъ это объясняется несовершенствомъ редакціонной техники нашего законодательства. Знаменитый Оршанскій давно уже подмѣтилъ и указалъ на одну изъ отличительныхъ чертъ свода законовъ—указывать въ текстѣ закона наичаще встрѣчающуюся фактическую обстановку. Въ статьѣ его „частный законъ и общее правило“ приведена масса примѣровъ (ст. 2058—„кто захочетъ заплатить“, ст. 2055—„за отсутствіемъ должника“, 2053—„наддранное заемное письмо“. Вотъ этою-то именно чертою св. зак. и объясняется употребленіе словъ „по надписямъ“. Обязательства заемныя дѣйствительно обыкновенно передаются по надписямъ. По мнѣнію оппонентовъ, предложенный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что передача подобнаго права воспрещается.

Вопросъ разрѣшенъ положительно, т. е. передача (cessio) права по договору займа, обезпеченнаго залогомъ недвижимаго имущества, воспрещается нашими законами.

10 мая.

1. Получено увѣдомленіе управленія типографіи втораго отдѣленія собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи о высылкѣ одного экземпляра 48 тома второй части полнаго собранія законовъ. Опредѣлено увѣдомить управленіе типографіи 2-го отдѣленія о полученіи означеннаго тома.

2. Заявлено о поступленіи въ библіотеку общества сочиненія Даневскаго: очеркъ новѣйшей литературы по международному праву; книга пожертвована самимъ авторомъ.

3. Избраны въ члены Общества: кандидатъ правъ Даневскій и магистръ гражданскаго права Писемскій.

4) **Г. Пальховскій** по вопросу: воспрещается-ли нашими законами передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго залогомъ *движимаго имущества*, въ своемъ рефератѣ изложилъ слѣдующее:

„Вопросъ, который я въ настоящіе время имѣю честь подвергнуть вашему обсужденію, заключается въ слѣдующемъ: *воспрещается ли нашими законами передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго закладомъ движимаго имущества, и если не воспрещается, то: 1) откуда на практикѣ возникла мысль объ этомъ запрещеніи? и 2) какимъ образомъ эта передача можетъ быть совершаема?* Вопросъ этотъ, какъ видно изъ самой его редакціи, находится въ тѣсной связи съ вопросомъ, занимавшимъ насъ въ предшествовавшія два засѣданія. Представляя на обсужденіи Общества свой конечный выводъ по первому вопросу, я его подробно мотивировалъ, затѣмъ, для облегченія преній, я эти мотивы превратилъ въ отдѣльные тезисы и предложилъ ихъ для опроверженій. Опроверженій, какъ вы помните, мм. гг., *въ сущности* не было: мнѣ возражали, но возраженія исходили совершенно изъ другихъ положеній, чѣмъ принятыя мною. Вслѣдствіе этого я и въ настоящее время изъ своихъ положеній удерживаю слѣдующія: цессія требованія аналогична съ продажею иска; продажа иска не воспрещается нашими законами, а, слѣдственно, не воспрещается и цессія

требованія вообще; исторія залоговаго права подтверждаетъ возможность его цессіи; по природѣ своей залоговое право, какъ jus accessorium, слѣдуетъ за главнымъ обязательствомъ; закладное право, какъ *вещное* право (jus in re), при передачѣ, требуетъ большаго или меньшаго оглашенія. Затѣмъ, одно положеніе я долженъ нѣсколько болѣе подкрѣпить. Мнѣ могутъ замѣтить, что я, говоря о продажѣ иска, ссылаюсь на законъ совершенно новой формаціи—на 400 ст. Учр. Суд. Уст.—который, по этому самому, не можетъ служить объясненіемъ статей, основанныхъ на законѣ старѣйшемъ, напримѣръ, на банкротскомъ уставѣ. Соглашаясь съ этимъ мнѣніемъ, я, въ замѣнъ 400 ст. Учр. Суд. Уст., ставлю 1909 ст. устава торговаго, относящуюся къ законоположеніямъ 1832 года. Статья эта, какъ вамъ извѣстно, говоритъ о томъ, что попечителю и каждому изъ кураторовъ запрещается *покупать иски* другихъ заимодавцевъ, участвующихъ въ конкурсной массѣ, на свое или на чужое имя, подъ опасеніемъ уничтоженія всего иска. Слѣдовательно, и до Судебныхъ Уставовъ 1864 года законодатель въ принципѣ признавалъ возможность *продажи исковъ*, а, слѣдственно, и цессіи вообще... И такъ, въ настоящее время пренія, какъ мнѣ кажется, должны быть сосредоточены только на одномъ нунктѣ—что̀ даетъ мнѣ возможность избѣжать повторенія всѣхъ общихъ соображеній касательно закладнаго права. Пунктомъ этимъ является 21-я статья устава банкротскаго, именно ея мотивъ „поелику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу“.

Прежде всего мнѣ нужно установить взглядъ на 21-ю статью банкротскаго устава, или на ея мотивъ, людей противоположнаго моему воззрѣнію. Тѣ изъ васъ, мм. гг. которые возражали мнѣ, ссылались на 21-ю статью, не высказали вполнѣ своего взгляда на этотъ источникъ нашего дѣйствующаго права, не развили передъ нами тѣхъ мотивовъ, тѣхъ соображеній, которыя заставляютъ ихъ видѣть въ этомъ источникѣ точку опоры для своего воззрѣнія на цессію закладнаго права по русскимъ законамъ. Вотъ почему мнѣ нужно обращаться къ тому, что высказано въ литературѣ

сторонниками господствующаго воззрѣнія на эту цессію, т.-е. обращаться снова къ гг. Мейеру, Побѣдоносцеву, „Судебному Вѣстнику“. Мейеръ, въ своихъ лекціяхъ, высказываетъ мнѣніе, что наше законодательство будто-бы имѣетъ въ виду, что при займѣ, обезпеченномъ залогомъ, *должнику не все равно, кому-бы ни состоять должнымъ, кому-бы ни предоставить правъ залога.* Мнѣніе это у Мейера находится въ тѣсной связи съ мыслью, что дѣйствіе лица, составляющее предметъ обязательства, есть *нѣчто близко связанное съ его личностью,* и что отнюдь нельзя сказать, чтобъ для лица было все равно, по отношенію къ кому бы ни совершить это дѣйствіе. Такимъ образомъ, Мейеръ какъ-бы полагаетъ, что при избраніи должникомъ кредитора не малую роль играютъ *нравственныя соображенія,* и что въ залоговомъ правѣ законодательство наше держится именно *такого взгляда.* У г. Побѣдоносцева мы находимъ почти тоже самое, только иначе выраженное. Высказавъ положеніе, что залогодержатель не можетъ передать свое право при жизни своей стороннему лицу, даже съ согласія залогодателя, посредствомъ простой передаточной надписи, г. Побѣдоносцевъ дѣлаетъ выноску, изъ которой видно, что запрещеніе передачи закладныхъ, по его мнѣнію, обусловливается тѣмъ, что вѣдь *извѣстный* заемщикъ ввѣрилъ свое имущество только *извѣстному* заимодавцу. Слѣдовательно, на сценѣ опять *нравственныя соображенія.* Редакція „Судебнаго Вѣстника“ думаетъ, что запрещеніе передавать закладныя по надписямъ имѣетъ въ виду интересы должника, для коихъ будто бы можетъ быть не безразлично, кто собственно будетъ обладать правомъ воспользоваться всѣми тѣми послѣдствіями, которыя опредѣлены на случай неплатежа долга въ срокъ. Здѣсь, очевидно, имѣется въ виду *временное владѣніе,* въ которое отдается кредитору заложенное имѣніе,—слѣдовательно, опять, въ концѣ концовъ, принимаются въ соображеніе *нравственныя качества* кредитора, его добросовѣстность и проч. И такъ, на сколько наши юристы выразили свое мнѣніе въ печати по занимающему насъ теперь вопросу, можно утверждать, что они не только допускаютъ,

но ставятъ, какъ conditio sine qua non, предположеніе, что, при обезпеченіи долговаго обязательства залогомъ или закладомъ, между должникомъ и кредиторомъ существуетъ особая нравственная связь, выражающаяся въ *довѣріи*, и что эту связь, эту, такъ сказать, vinculum morale, законъ имѣетъ въ виду, запрещая передачу, цессію закладнаго права. Посмотримъ теперь насколько эта мысль состоятельна.

Проведеніе демаркаціонной линіи между моралью и правомъ издавно занимаетъ умъ человѣческій. Нѣтъ ни одного самостоятельнаго философа, ни одной философской школы, которые бы оставили этотъ вопросъ безъ разсмотрѣнія. Слѣдить за разрѣшеніемъ этого вопроса въ различныхъ философскихъ системахъ мы, конечно, теперь не будемъ, но, тѣмъ не менѣе, и намъ все таки, для нашей цѣли, необходимо установить по крайней мѣрѣ практическое различіе между моралью и правомъ, или между предписаніями нравственнаго *(внутренняго)* и положительнаго *(внѣшняго)* закона. Еще древній юристъ Ульпіанъ всѣ принципы права низводилъ на три: честно жить, другому не вредить и каждому воздавать должное (juris praecepta sunt haec, говорилъ онъ: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). Возьмите эти принципы въ самомъ обширномъ философскомъ смыслѣ, и вы увидите, что на нихъ дѣйствительно держится вся соціальная жизнь, весь правовой строй общества. Но вѣдь эти принципы входятъ, какъ регуляторы, и во внутренній міръ человѣка,—въ ту сокровенную область души, гдѣ, по ученію моралистовъ, господствуютъ одни нравственные законы. Я могъ бы пойти еще далѣе и доказать вамъ, что эти принципы не находятся ни въ малѣйшемъ антагонизмѣ съ тѣмъ, что положительная наука называетъ *естественными законами*,—и такимъ образомъ свести все на *естественные законы*,—но тогда я вышелъ бы за предѣлы своей задачи. Остановимся пока на томъ, что между правилами морали и правомъ нѣтъ *радикальной* разницы,—что они вполнѣ *солидарны* между собою,—стремятся къ *одной* цѣли—установленію порядка,—и что между ними существуетъ *альтернатива*, т.-е. что тѣ отношенія, между

людьми, которые, въ данное время и въ данномъ мѣстѣ, достаточно охраняются моральными побужденіями, нуждаются въ меньшей правовой, юридической охранѣ, и на оборотъ. Исходя изъ этихъ положеній, для насъ станетъ ясно, почему законодатель одни отношенія регулируетъ цѣлымъ рядомъ законоположеній, другія—только намѣчаетъ, какъ бы предоставляя имъ развиться изъ самихъ-себя и нисколько не боясь при этомъ, что они разовьются въ ущербъ *благу* и *порядку*, какъ конечной цѣли законодательной дѣятельности. Тамъ, гдѣ законодатель предполагаетъ дѣйствіе нравственныхъ импульсовъ,—онъ ослабляетъ свой надзоръ и даетъ наименьшее число опредѣленій; только, гдѣ онъ такого предположенія не дѣлаетъ, или дѣлаетъ предположеніе совершенно обратное,—онъ усиливаетъ свой надзоръ и даетъ наибольшее число опредѣленій. Возьмемъ примѣры. Отношенія между мужемъ и женой весьма сложны, весьма разнообразны, захватываютъ цѣлую сторону человѣческой жизни, налагая при томъ нерѣдко особую печать на самую жизнь, сообщая ей особый характеръ, особое направленіе. Но эти отношенія всѣ цѣликомъ (я говорю, конечно, не объ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами) покоятся на нравственныхъ импульсахъ,—и законодатель до нихъ какъ бы не касается. Въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ (я говорю о 1 ч. X тома) для опредѣленія этихъ отношеній существуетъ только двѣ статьи (по одной на каждаго супруга), да и въ тѣхъ нѣтъ надобности, такъ-какъ въ нихъ законодатель предписываетъ то, на чемъ безсиленъ настоять (какъ, напримѣръ, на томъ, чтобы супруги любили и уважали другъ друга),—а это уже плохой признакъ: законъ, остающійся мертвой буквой, уже не законъ, а ненужный балластъ, который можетъ только затруднять примѣненіе въ жизни настоящаго закона. Таковы же отношенія между родителями и дѣтьми (конечно, тоже не имущественныя). Въ нашемъ законодательствѣ опредѣленію ихъ, правда посвящено нѣсколько статей, но значительная часть ихъ совершенно излишне,—и все по той же причинѣ... Перейдемъ теперь къ договорамъ. Посмотрите, какъ малочисленны зако-

нодательныя опредѣленія въ договорахъ, опирающихся, такъ сказать, на нравственныя начала: я говорю о довѣренности (какъ у насъ называется mandatum) и поклажѣ. Въ довѣренности одна только статья и опредѣляетъ отношенія повѣреннаго къ довѣрителю,—а между тѣмъ вѣдь эти отношенія очень сложны, подлежатъ большимъ видоизмѣненіямъ, захватываютъ обширную область интересовъ личныхъ и имущественныхъ,—но законодатель покоенъ и при малочисленности опредѣленій, зная очень хорошо, что между довѣрителемъ и повѣреннымъ непремѣнно существуетъ нравственная связь, которая охранитъ ихъ отношенія лучше всякихъ законодательныхъ опредѣленій. Тоже самое мы видимъ и въ договорѣ поклажи. Законодатель нисколько не сомнѣвается, что поклажедатель питаетъ *довѣріе* къ поклажепринимателю, нисколько не заподозрѣваетъ честность и добросовѣстность поклажепринимателя и не старается оградить отъ него особыми мѣрами поклажедателя. Онъ дозволяетъ совершать договоръ о поклажѣ и чрезъ письменный актъ, и просто передачею поклажи, съ роспискою, и безъ росписки. Законодатель знаетъ, что этотъ договоръ можетъ возникнуть только между лицами, которыя вполнѣ вѣрятъ другъ другу, а потому въ ихъ дѣло и не вмѣшивается, предоставляя все на ихъ собственное благоусмотрѣніе, на ихъ собственную добрую волю. Вслѣдствіе этого и правило о формѣ сохранныхъ расписокъ постановлено только на случай вполнѣ исключительный—если принявшій какое нибудь имущество на сохраненіе будетъ запираться въ полученіи онаго и дѣло дойдетъ до судебнаго разбирательства... Но предположимъ, что взглядъ законодателя на нравственную скрѣпу отношеній между контрагентами мѣняется,—предположимъ, что законодатель не допускаетъ нравственной связи между дебиторомъ и кредиторомъ,—что онъ готовъ даже предположить, что кредиторъ злоупотребитъ своимъ положеніемъ и причинитъ ущербъ интересамъ дебитора—и посмотрите какъ онъ ограждаетъ дебитора, какъ на защиту его онъ выставляетъ весь арсеналъ своихъ охранительныхъ средствъ! Положимъ, что дебиторъ, какъ и въ договорѣ поклажи,

оставляетъ свое имущество у кредитора, но законодатель не предполагаетъ, чтобы въ этомъ случаѣ между контрагентами существовало взаимное довѣріе, существовала нравственная связь,—и вотъ на сцену являются опись имущества, оцѣнка его, приложеніи печатей, свидѣтели, явка договора къ свидѣтельствованію, наконецъ—уголовная кара...

Я перечислилъ вамъ рядъ мѣръ, охраняющихъ, по волѣ законодателя, должника отъ кредитора. Мѣры эти, какъ вы припомните, изложены въ статьяхъ 1-ой части X-го тома, начиная съ 1667 и до 1676 т.-е. въ томъ мѣстѣ нашего гражданскаго свода, гдѣ говорится о совершеніи акта, о *закладѣ* движимаго имущества... Если такъ, то на чемъ-же, на какихъ соображеніяхъ, на какихъ выводахъ и доводахъ мы будемъ строить предположеніе, что между должникомъ и кредиторомъ, при залогѣ или закладѣ, существуетъ особая нравственная связь, и что эта связь имѣетъ въ виду законъ, воспрещая цессію закладнаго права? Не должны ли мы скорѣе придти къ совершенно противоположному предположенію? Законодатель не только не предполагаетъ существованіе *довѣрія* между залогодателемъ и залогопринимателемъ, но, напротивъ, цѣлымъ рядомъ сейчасъ указанныхъ мною статей довольно ясно выражаетъ, что мысль о такомъ довѣріи никогда у него и не возникала. Законодатель, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, обыкновенно нормируетъ уже то, что выработала жизнь, давая только свою санкцію тому порядку житейскихъ отношеній, которыя установились помимо его воли, въ силу естественной необходимости. Что же выработала у насъ жизнь по отношенію къ закладчикамъ? Неужели найдется такой отчаянный оптимистъ, который, закрывъ глаза на дѣйствительность, будетъ утверждать, что жизнь выработала къ нимъ уваженіе, увѣренность въ ихъ честности, полное довѣріе къ ихъ личности? Думаю, что такого оптимиста не найдется. Въ силу-же чего мы будемъ дѣлать такимъ оптимистомъ самого законодателя? Не ужели потому только, что въ одномъ изъ своихъ памятниковъ онъ употребилъ слова „ввѣрилъ“ говоря о передачѣ имущества, или о предоставленіи извѣстнаго права на иму-

щество, должникомъ кредитору?... Затѣмъ, я еще спрошу: да можно-ли вообще говорить о *довѣріи къ лицу*, трактуя о кредитѣ, *обезпеченномъ имуществами?* Кредиторъ по векселю, по простому заемному письму, по домашней росписке, дѣйствительно довѣряетъ лицу должника,—здѣсь можно допустить участіе и нравственныхъ соображеній. Но кредиторъ по закладной, или по заемному письму, обезпеченному закладомъ, самымъ фактомъ залога или заклада, уже ясно выражаетъ, что онъ *лично* должнику нисколько не вѣритъ, а вѣритъ только его *имуществу*, которое и является настоящимъ должникомъ (obligatio *rei*). Если же, при залогѣ или закладѣ, кредиторъ не вѣритъ лично должнику, то почему-же мы будемъ предполагать существованіе довѣрія со стороны должника? Потому что онъ *вѣряетъ*, ему имущество? Но онъ дѣлаетъ это во 1-хъ потому, что залогопринимательбезъ того не дастъ ему денегъ, въ которыхъ онъ нуждается, а во 2-хъ потому, что законъ вполнѣ (и даже съ избыткомъ) ограждаетъ его отъ недобросовѣстныхъ дѣйствій кредитора. Правда, можно допустить случай, когда должникъ, дѣйствительно, проявитъ довѣріе къ залогопринимателю,—но этотъ случай будетъ до такой степени исключительнымъ, что нисколько не уменьшитъ силу общаго правила. Мы можемъ допустить, что должникъ, имѣя цѣнную, но нераздробляемую вещь, напримѣръ, крупный брилліантъ, нуждается только въ суммѣ, составляющей часть цѣнности вещи, но отдастъ залогопринимателю всю вещь, вслѣдствіе ея нераздробляемости. Тутъ, дѣйствительно, необходимо довѣріе со стороны должника, а, слѣдственно, необходимъ и выборъ между кредиторами. Но вѣдь необходимость этого довѣрія и этого выбора непремѣнно приведутъ къ тому, что, въ данномъ случаѣ, кредиторомъ явится лицо, которое дастъ должнику деньги и безъ заклада, или если и подъ закладъ, то въ формѣ, положимъ, римской fiduciae cum amico (т.-е. чтобы закладъ оставался въ рукахъ должника). Если же такого лица не найдется, и должнику, въ силу необходимости, придется входить въ сдѣлку съ лицомъ постороннимъ, то онъ, навѣрное, постарается взять сумму, наиболѣе соот-

вѣтствующую цѣнности вещи, хотя бы въ такой суммѣ и не нуждался, рискуя при этомъ лучше платить лишніе проценты, чѣмъ лишиться всей стоимости вещи, въ случаѣ недобросовѣстности залогопринимателя. И такъ, подобнаго рода случай—случай совершенно исключительный, да и какъ исключеніе, скорѣе можетъ существовать въ предположеніи, чѣмъ возникнуть въ дѣйствительности.

Сказаннаго, по моему вполнѣ достаточно, чтобы придти къ убѣжденію, что нравственные мотивы не играютъ никакой роли при запрещеніи законодателемъ передачи закладныхъ по надписямъ. Но какже установилось такое понятіе на практикѣ? По моему мнѣнію, оно установилось именно вслѣдствіе *буквальнаго* пониманія слова „ввѣрилъ", употребленнаго въ 21-й статьѣ устава банкротскаго. Такое толкованіе представляется до такой степени убѣдительнымъ, что лица, допускающія его, не считаютъ даже нужнымъ входить, по поводу этого толкованія въ какія либо объясненія.

Что касается до того, какимъ образомъ можетъ быть совершаема передача права по договору займа, обезпеченнаго закладомъ движимаго имущества, то, держась основаній, высказанныхъ мною въ первомъ рефератѣ, я полагаю, что она должна происходить точно также, т.-е. съ соблюденіемъ тѣхъ же обрядовъ, какъ и самое совершеніе договора займа съ закладомъ. Такимъ образомъ я полагаю, что для передачи необходимо: 1) совершеніе уступочнаго акта и явки его у нотаріуса (подобно тому, какъ совершается договоръ о продажѣ движимости); 2) удостовѣреніе этого договора свидѣтелями; 3) предъявленіе свидѣтелямъ заложенныхъ и переуступаемыхъ вещей и повѣрка ихъ по описи; 4) обозрѣніе печатей и удостовѣреніе, что онѣ находятся въ цѣлости; 5) сличеніе печатей на вещахъ съ печатями на описи и удостовѣреніе въ ихъ тождественности; 6) отдача цедентомъ заложенныхъ вещей цессіонарію, за печатями свидѣтелей и цедента, и приложеніе таковыхъ печатей къ описи, на которой передача должна быть удостовѣрена сверхъ того подписью цедента, цессіонарія и свидѣтелей, и наконецъ, 7) увѣдомленіе цедентомъ должника о мѣстѣ жительства цессіонарія.

Такимъ образомъ, на главный вопросъ, подлежащій нашему разсмотрѣнію, т.-е, *воспрещается ли нашими законами передача права (cessio) по договору займа, обезпеченнаго закладомъ движимаго имущества?*—я отвѣчаю отрицательно *нѣтъ, не воспрещается.* Остальные два вопроса, вытекающіе изъ главнаго, разрѣшаются сообразно приведеннымъ доводамъ, т.-е. мысль о воспрещеніи передачи закладнаго права возникла на практикѣ вслѣдствіе принятія слова „ввѣрилъ“ въ слишкомъ тѣсномъ смыслѣ; передача можетъ быть совершаема по особому уступочному акту.

На этомъ я могъ бы и остановиться. Задача моя закончена. Вопросъ о цессіи закладнаго права подвергнутъ мною полному разсмотрѣнію. Но вотъ возникаетъ еще новый вопросъ, который, по существу своему, гораздо важнѣе того, который я теперь разсматривалъ. Положимъ, я правъ, положимъ законъ нашъ, дѣйствительно, не воспрещаетъ цессіи обязательства, обезпѣченнаго закладомъ, положимъ, эта цессія войдетъ въ употребленіе и получитъ судебную защиту,—но *того* ли требуетъ въ настоящее время жизнь по отношенію къ закладному праву? Не выработала ли она для отношеній должника къ закладопринимателю, какой-либо другой нормы и не сталъ ли существующій законъ же мертвой буквой? *Цессіи* закладнаго права ищетъ жизнь, или, быть можетъ, она требуетъ уже другихъ опредѣленій? Да, наконецъ, и самъ законодатель не сталъ ли уже дѣлать отступленій отъ установленныхъ имъ нормъ и не призналъ ли онъ тѣмъ, что эти нормы уже отжили свое время? Вотъ вопросы, на которыхъ я позволю себя остановить нѣсколько ваше вниманіе.

Я сейчасъ напомнилъ вамъ, мм. гг., цѣлый рядъ формальностей, которыми должно обставляться по закону совершеніе займа, съ закладомъ движимости. Положимъ эти формальности очень разумны, вполнѣ цѣлесообразны, весьма, гарантируютъ интересы должника отъ корыстныхъ поползновеній кредитора,—но тѣмъ не менѣе онѣ слишкомъ обременительны, слишкомъ много требуютъ времени для своего выполненія, сопряжены съ расходами, часто совершенно не соотвѣтствующими цѣнности сдѣлки. Жизнь съ такого рода

законоположеніями вообще не мирится,—они стѣсняютъ ее, затрудняютъ ея движеніе,—и она, въ концѣ концевъ, обыкновенно такіе законы, *обходитъ*, придумывая и изобрѣтая разные способы которые бы съ одной стороны не мѣшали ей, а съ другой не совершенно бы расходились и съ закономъ. Такъ, относительно заклада, жизнь выработала особую форму весьма простую и легкую, и въ тоже время не лишенную легальности. Это—*фиктивную продажу*. Должникъ даетъ залогопринимателю росписку въ томъ, что онъ продалъ ему извѣстное имущество; залогопріниматель же предоставляетъ должнику право выкупа этого имущества втеченіе извѣстнаго срока т.-е. до того времени, по которое заплочены проценты). Но и эта форма практикуется невсегда, гораздо чаще должникъ просто оставляетъ свое имущество у залогопринимателя, безъ всякихъ росписокъ и письменныхъ условій, вѣря на слово, что, при уплатѣ долга, вещи будутъ ему возвращены въ цѣлости. Такъ поступаетъ жизнь,—обыденная житейская практика.

Но и самъ законодатель, подъ вліяніемъ жизненныхъ требованій, отступаетъ отъ установленныхъ имъ нормъ. Такъ (по ст. 2168 т. X ч. 1) относительно производства ссудъ подъ акціи и процентныя бумаги между лицами всѣхъ состояній какъ въ С. Петербургѣ, такъ и во всѣхъ городахъ Имперіи, гдѣ находятся маклеры, постановляются слѣдующіи правила: 1) получающій денежную ссуду подъ залогъ акцій и процентныхъ бумагъ передаетъ оныя дѣлающему такую ссуду, при письмѣ, которымъ предоставляетъ ему, въ случаѣ неплатежа въ означенный срокъ капитала и процентовъ, распорядиться тѣми акціями или бумагами по своему усмотрѣнію, т.-е. продать ихъ другому лицу, или оставить за собою по существующей на биржѣ цѣнѣ; а если чрезъ продажу акцій или бумагъ вся ссуженная сумма съ причитающимися процентами не выручится, то получатель ссуды доплату недостающаго количества принимаетъ на свою обязанность. 2) Дѣлающій же ссуду, съ своей стороны, выдаетъ получающему оную также письменное удостовѣреніе въ томъ, что въ обезпеченіе данныхъ въ ссуду денегъ принялъ такія-то

акціи или бумаги, которыя, по уплатѣ обратно данныхъ подъ залогъ ихъ денегъ, обязывается возвратить по принадлежности, въ противномъ случаѣ, если уплата не послѣдуетъ имѣетъ право обратить ихъ въ свою пользу или продать по состоящей на биржѣ цѣнѣ. Затѣмъ, получившій ссуду, соображаясь съ уставами компаній, вмѣстѣ съ тѣми изъ акцій или бумагъ, которыя передаются съ переводными надписями, вручаетъ ссудившему и объявленіе въ правленіе надлежащей компаніи, для перевода такихъ акцій или бумагъ на его имя; другія же акціи передаетъ по бланковымъ надписямъ, а писанныя на предъявителя безъ всякихъ надписей. Такимъ образомъ, это постановленіе предоставляетъ значительное отступленіе отъ строгихъ и весьма обременительныхъ правилъ, установленныхъ для заклада движимостей. Здѣсь отношенія должника къ кредитору носятъ совершенно особый характеръ напоминая нѣсколько римское pactum fiduciae.

Но законъ и на этомъ не останавливается. Возникновеніе частныхъ ломбардовъ, а также такого рода учрежденій какъ напр. существующіе въ Москвѣ *Высочайше утвержденное товарищество для ссуды подъ закладъ движимостей,* ясно говорятъ, что законодатель не прочь совершено отказаться отъ своихъ прежнихъ нормъ закладнаго права и установить новыя, болѣе соотвѣтствующія потребностямъ жизни. Но есть надежда, что дѣло и на этомъ не остановится. Рано или поздно, мы сознаемъ, что облегченія въ закладѣ акцій и процентныхъ бумагъ, въ концѣ концевъ, ведутъ къ биржевой игрѣ и ажіотажу; сознаемъ также и то, что между товариществами для ссуды какую бы приличную внѣшность они не имѣли и простыми закладчиками, находящимися въ темныхъ закоулкахъ большихъ городовъ въ сущности нѣтъ никакой разницы: тѣ и другіе—одинаково ничего не производятъ, одинаково живутъ на счетъ людской нужды, одинаково нужду усиливаютъ. У такихъ учрежденій нѣтъ будущаго. Это поросль выросшая на гнилой, болотистой почвѣ; осушите болото—и поросль исчезнетъ. Когда люди поймутъ, что вся ихъ сила въ самопомощи, что дѣйствительно, concordia res parvae crescunt, discordia maximae dilabuntur—тогда исчез-

нутъ и закладчики и товарищества закладчиковъ: ихъ мѣсто займутъ союзы, ассоціаціи трудящихся людей, которыя, откладывая въ общую кассу копейку на черный день, сами себѣ будутъ помогать въ минуту нужды, безъ всякаго заклада и обезпеченія, кромѣ своего личнаго труда и принадлежности къ извѣстному союзу.

Этимъ я и оканчивою.

Но предъ началомъ преній я позволю себѣ внести на обсужденіе Общества слѣдующее предложеніе. По установленному порядку, референтъ представляетъ свой докладъ по избранному вопросу, сопровождая свое рѣшеніе болѣе или менѣе подробными мотивами. Затѣмъ, наступаютъ пренія, которыя заканчиваются голосованіемъ въ пользу положительнаго или отрицательнаго рѣшенія предложеннаго рефератомъ вопроса. Не найдете ли вы мм. гг. цѣлесообразнымъ, по разрѣшеніи вопроса большинствомъ въ ту или другую сторону, просить это большинство *мотивировать* свое рѣшеніе т.-е. выработать тутъ же, въ засѣданіи тѣ основанія, по которымъ оно рѣшаетъ данный вопросъ такъ или иначе? Здѣсь могутъ быть три случая: 1) большинство можетъ согласиться съ рѣшеніемъ референта и его доводами; 2) оно можетъ согласиться съ его рѣшеніемъ, но по другимъ, доводамъ и 3) оно можетъ не согласиться ни съ рѣшеніемъ референта, ни съ его доводами. Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ на обязанности большинства лежитъ мотивировать свое рѣшеніе. Если же этого не будетъ, то мнѣніе Общества (полагая, что большинство является его представителемъ) окажется какъ бы голословнымъ Вслѣдствіе этого, мнѣніе референта, хотя, быть можетъ, и ошибочно но подробно мотивированное, пріобрѣтетъ въ глазахъ читателя нѣкоторый вѣсъ и тѣмъ склонитъ его на свою сторону. Это первое. Затѣмъ, весьма не лишнее означать въ протоколахъ фамиліи членовъ, составившихъ большинство. Это нужно для того, чтобы, при иномъ разрѣшеніи однороднаго вопроса, но при другомъ составѣ членовъ, общество нельзя было упрекнуть въ непослѣдовательности или противорѣчіи. Наконецъ, третье. Весьма полезно, печатая въ газетахъ о предстоящемъ докладѣ, сообщать фа-

милію члена, внесшаго докладъ: это поставитъ референта въ болѣе обязательныя отношенія къ своему реферату. Кстати такъ дѣлается и во всѣхъ другихъ обществахъ.

Вопросъ разрѣшенъ утвердительно значительнымъ большинствомъ, 12 человѣкъ противъ 2-хъ, мотивами большинства при разрѣшеніи этого вопроса послужили статьи X т. I ч. 2058, 1678 и 1649.

О ЗНАЧЕНІИ НАУКИ ПРАВА И ЕЯ ГЛАВНЫХЪ ЗАДАЧАХЪ.

Нерѣдко приходится намъ слышать отъ многихъ лицъ, преимущественно отъ практиковъ-юристовъ упрекии нареканія на характеръ университетскаго преподаванія и изученія права, приходится слышать обвиненія, направленныя главнымъ образомъ на то, что въ университетахъ юристы не пріобрѣтаютъ никакихъ практическихъ свѣдѣній, не способны бываютъ стать лицемъ къ лицу съ дѣйствительною жизнію и непосредственно охватить громадный матеріалъ положительнаго законодательства, массу разнородныхъ юридическихъ положеній,—другими словами: неспособны стать тотчасъ же хорошими практиками—судьями, адвокатами, администраторами. Такія обвиненія и нареканія, такія соображенія практическаго свойства даже имѣли вліяніе на ходъ преподаванія въ нѣкоторыхъ нашихъ юридическихъ факультетахъ и отвлекали вниманіе учащихся отъ чисто теоретическихъ предметовъ. Въ такихъ практическихъ видахъ и стремленіяхъ можно отчасти видѣть объясненіе причины раздробленія юридическихъ факультетовъ въ нѣкоторыхъ университетахъ на отдѣленія юридическихъ и государственныхъ наукъ. Не объемомъ и обширностью содержанія преподаваемыхъ наукъ можно объяснить такое дробленіе, ибо при правильной организаціи преподаванія этотъ недостатокъ легко устранить не научнымъ какимъ-нибудь принципомъ, потому что такой принципъ при тѣсной связи и взаимодѣйствіи юридическихъ и государственныхъ наукъ трудно найти, а тѣмъ болѣе доказать, но главнымъ образомъ соображенія практическаго свойства имѣлись въ виду: образовать и дать государству

спеціалистовъ по роду службы, практически подготовленныхъ юристовъ и чиновниковъ-администраторовъ.

Не такова, по нашему убѣжденію, должна быть задача университетскаго преподаванія и изученія права. Юридическіе факультеты въ университетахъ, по своей сущности и значенію, имѣютъ и должны имѣть ближайшею и главнѣйшею своею цѣлью преподать въ извѣстномъ систематическомъ порядкѣ научныя основы права и различныхъ его отраслей, служить такимъ образомъ пособникомъ преимущественно теоретическаго изученія права въ его цѣлости. Этимъ, конечно, не исключается практическая сторона дѣла, практическія занятія и упражненія. Приложеніе и примѣненіе теоретическихъ познаній къ практическимъ случаямъ составляетъ въ свою очередь необходимую потребность для слушателей, потому что наука права и всѣ отдѣльныя ея отрасли сами по себѣ практическія науки, т.-е. такія, которыя непосредственно касаются жизни общества, жизненныхъ отношеній и условій, слѣдовательно носятъ на себѣ жизненный элементъ, а потому и могутъ имѣть приложеніе къ самой жизни. Но дѣло въ томъ, что всѣ практическія занятія и упражненія должны имѣть подчиненное и второстепенное значеніе и не идти въ разрѣзъ, не превышать, не поглощать чисто научныхъ требованій. Характеръ академическихъ занятій долженъ быть по преимуществу научный, юридическіе факультеты должны быть прежде всего провозвѣстниками и проводниками науки.

Для того чтобы показать, какихъ результатовъ можно ожидать отъ преимущественно практическаго изученія права, мы возьмемъ въ примѣръ Англію, которая до сихъ поръ представляетъ намъ образецъ практическаго направленія. О состояніи юридическаго образованія въ Англіи мы можемъ судить по тѣмъ отзывамъ, которые были даны различными коммиссіями, а также по тѣмъ парламентскимъ преніямъ, которыя имѣли мѣсто по занимающему насъ вопросу. Въ 1846 г. парламентъ обратилъ вниманіе на печальное состояніе юридическаго образованія и назначилъ коммиссію для изысканія мѣръ къ расширенію этого образованія въ Англіи

и Ирландіи. Эта коммиссія нашла, что студенты-юристы почти исключительно предоставлены самимъ себѣ и совершенной случайности, такъ что ни въ Англіи, ни въ Ирландіи не существуетъ обученія праву въ истинномъ смыслѣ. Затѣмъ въ 1854 г. назначена была вторая коммиссія, королевская, которая должна была изыскать мѣры обезпеченія систематическаго обученія студентовъ-юристовъ. Заключеніе этой коммиссіи было то же что и прежней. Въ своемъ докладѣ 1855 года она высказалась такъ: „теперешняя система юридическаго образованія не даетъ никакихъ средствъ для изученія научныхъ отраслей юриспруденціи, т.-е. конституціоннаго права, исторіи права, римскаго права и международнаго. Знаніе этихъ предметовъ весьма важно не только для адвоката, но и для судьи, особенно въ случаѣ назначенія его на службу въ Индіи или въ колоніи. Лучшимъ способомъ для пріобрѣтенія познаній въ нихъ служатъ лекціи и экзамены изъ прочитаннаго и изъ всей науки". Въ 1871 г. сэръ-Раундель Пальмеръ внесъ въ палату общинъ, проектъ новой юридической школы, которая бы содержалась и управлялась государствомъ и въ засѣданіи палаты общинъ 1 марта 1872 г., говоря о положеніи юридическаго образованія, высказалъ слѣдующее: „каждому предоставляется изучать право какъ онъ умѣетъ съ цѣлью практическою; на помощь ему въ этомъ дѣлѣ приходятъ лица, также занимающіяся практикою. Нѣтъ возможности дать знанію права научныя основы, хотя онѣ въ высшей степени желательны; наука права сдѣлала у насъ мало успѣховъ и замѣчательныхъ свѣтилъ ея приходится искать скорѣе въ нашемъ далекомъ чѣмъ въ близкомъ прошедшемъ. Таково неизбѣжное послѣдствіе системы практическаго и только практическаго изученія, которая принята у насъ. Генералъ-атторней подтвердилъ это: „по моему убѣжденію, сказалъ онъ, юридическое образованіе у насъ неудовлетворительно и недостойно великой страны, гражданами которой мы имѣемъ счастіе быть". *)

*) Временникъ Демидовскаго юрид. лицея, кн. II статья: юридическое образованіе въ Англіи.

Всѣ реформы, касающіяся юридическаго образованія въ Англіи, произошли лишь въ послѣднія 25 лѣтъ. Въ университетѣ Оксфордскомъ до 50 годовъ существовало всего двѣ каѳедры юридическихъ наукъ: римскаго права и англійскаго. Первая учреждена при Генрихѣ VIII, а вторая въ прошедшемъ столѣтіи и занята была въ первый разъ Вильямомъ Блакстономъ. Въ послѣдствіи учреждены еще каѳедры международнаго права и юриспруденціи (общее ученіе о правѣ); кромѣ того временно состоятъ два профессора: 1) общаго права Англіи и 2) индійскаго и мусульманскаго права. Но такъ какъ присутствія этихъ профессоровъ въ теченіе всего академическаго года не требуется, то обыкновенно чтенія не имѣютъ законченности и правильной послѣдовательности.

Въ Кембриджскомъ университетѣ существуетъ три каѳедры: римскаго права, англійскаго и международнаго права. Въ Эдинбургскомъ университетѣ шесть профессоровъ: публичнаго (государственнаго) права, римскаго права, конституціоннаго права и исторіи, шотландскаго права, судебной медицины и ученія о способахъ пріобрѣтенія собственности. Въ Гласговѣ четыре профессора: шотландскаго права, римскаго, ученія о способахъ пріобрѣтенія собственности и судебной медицины. *) Всѣ юридическія каѳедры до послѣдняго времени мало оказывали вліянія на науку, ибо все ученіе ограничивалось предметами преимущественно національнаго англійскаго права; римское право было лишь слабымъ подспорьемъ. Индійское и мусульманское право потому введены въ кругъ преподаванія, что знаніе ихъ необходимо всѣмъ служащимъ въ Индіи, а также въ департаментѣ по дѣламъ Индіи; но опять научнаго характера въ изложеніи этихъ правъ мы не встрѣчаемъ. Эти права излагаются въ томъ лишь размѣрѣ, на сколько они признаны дѣйствующими парламентскими актами, слѣдовательно въ видахъ чисто практическихъ. Кто пожелаетъ познакомиться съ подобными

*) The law Magazine and Review. № 220. 1876. May. Смотри статью: universities and legal education.

трудами, тому можемъ указать на книгу Лайона. *) Затѣмъ объ отсутствіи научнаго направленія въ изученіи права мы можемъ заключить изъ тѣхъ требованій, которыя нужно выполнить для полученія степени баккалавра. Въ Оксфордскомъ университетѣ предметы испытанія слѣдующіе: 1) юриспруденція (или общее ученіе о правѣ, или сравнительная юриспруденція); 2) римское право—какая-нибудь спеціальная часть его; 3) англійское право—главнымъ образомъ ученіе о недвижимой собственности, семейномъ правѣ, обязательствахъ; 4) международное право—или частное международное право, или ученіе о призахъ.

Въ Кембриджѣ: общее ученіе о правѣ, переводъ институцій Юстиніана и Гая и части дигестъ съ присоединеніемъ вопросовъ по догмѣ и исторіи римскаго права, исторія англійскаго права—частнаго и публичнаго, публичное международное право, право вещной и личной собственности. Въ Дургамскомъ университетѣ: двѣ книги институцій Юстиніана, глава Гиббона о паденіи Римской имперіи, свѣдѣнія о жизни, дѣятельности и значеніи Ѳеодосія II и Юстиніана II—изъ біографическаго словаря Смита, ученіе о законѣ по словарю древностей Смита. **)

Къ этому нужно присоединить, что въ университетахъ получаютъ юридическое образованіе небольшое число лицъ, все же образованіе юридическое сосредоточивается главнымъ образомъ въ адвокатскихъ коллегіяхъ, конторахъ, inns of court, т.-е. судебныхъ гостиницахъ или клубахъ. Все сословіе юристовъ общаго права (common law) распадается на коллегіи и отдѣленія въ градаціонномъ порядкѣ: самую низшую ступень занимаютъ пассивные члены, студенты, которые въ теченіе отъ трехъ до пяти лѣтъ посѣщаютъ лекціи и поучаются въ адвокатскихъ конторахъ разрѣшеніямъ разныхъ юридическихъ казусовъ. Послѣ этого они держатъ

---

*)Lyon, the law of India. 1873. Въ первомъ томѣ изложены кодексы, во второмъ—смѣшанные законы.

**) Universities and legal education, the law Mag. 1876. May.

экзаменъ и поступаютъ во второй классъ юристовъ, барристеровъ (barristers), т.-е. практикующихъ адвокатовъ. По продолжительной практикѣ они причисляются къ третьему классу, классу адвокатовъ, удостоенныхъ ученой степени, serjeants atlaw и затѣмъ избираются въ болѣе высшую корпорацію—sergeants inn. Изъ этой высшей коллегіи инновъ юристы занимаютъ высшія судебныя и другія мѣста. Лица, посвящающія себя изученію права въ коллегіяхъ адвокатовъ, ограничиваются пріобрѣтеніемъ лишь практическихъ свѣдѣній, тѣхъ свѣдѣній, которыя необходимы при непосредственномъ примѣненіи или приложеніи права. Хотя четыре такихъ коллегіи учредили еще въ 1851 г. пять профессуръ, *) но экзамены изъ этихъ предметовъ для учащихся до 1871 г. не были обязательны. Результатомъ этого было полнѣйшее научное невѣжество англійскихъ юристовъ, хотя такое практическое направленіе находило себѣ защитниковъ. По поводу объявленія обязательности экзаменовъ изъ этихъ предметовъ Адрей Эдгаръ напечаталъ энергическую статью, **) въ которой защищалъ значеніе инновъ въ образованіи адвокатовъ и предлагалъ ограничить экзамены чисто практическими отдѣлами. Во время преній въ палатѣ общинъ по поводу предложенія Пальмера создать юридическую школу на особыхъ основаніяхъ членъ палаты общинъ Гарди высказалъ слѣдующее: „въ моей практикѣ я замѣчалъ постоянно одно и то же явленіе: окончившіе свое ученіе въ университетахъ оказывались на дѣлѣ несостоятельными и уступали своимъ противникамъ, которые пріобрѣли практическую снаровку; богатство знаній ученаго остается въ его кладовой, практикъ выставляетъ его напоказъ. Мнѣ случалось встрѣчать людей съ очень бѣднымъ юридическимъ образованіемъ, почти не имѣющихъ понятія о правѣ, но весьма искусныхъ въ перекрестныхъ вопросахъ и

---

*) Конституціонное право и исторія англійскаго права, 2) equity, т.-е. рѣшенія судовъ справедливости или канцелярское право, 3) ученіе о поземельной собственности, 4) общее ученіе о правѣ, римское право, 5) общее право Англіи.

**) The Law Mag. 1872. № 1.

въ защитѣ подсудимаго. Никакіе экзамены не могутъ замѣнить практическаго такта".

Нельзя не согласиться съ мнѣніемъ извѣстнаго знатока англійскихъ учрежденій—Гнейста; онъ говоритъ: „замкнутое корпоративное образованіе въ Англіи даетъ ученымъ званіямъ необходимую самостоятельность, но оно поставляетъ общественное положеніе высшимъ, главнымъ дѣломъ, духовное же развитіе—побочнымъ; оно рождаетъ способныхъ индивидовъ, но не образуетъ класса научно подготовленныхъ *) юристовъ. Результатомъ такого положенія вещей является самое плачевное и ничтожное состояніе науки права въ Англіи. Англійскіе юристы въ практической казуистикѣ и въ развитіи деталей неподражаемы и несравнимы съ юристами другихъ странъ, но этимъ только и ограничивается все ихъ значеніе. Еслибы кто пожелалъ познакомиться съ общими началами, съ духомъ англійскаго права, съ его исторіею, съ научною обработкою его институтовъ, тому пришлось бы искать пособія главнымъ образомъ у нѣмецкихъ и французскихъ ученыхъ юристовъ, ибо англійская литература лишь въ послѣднія 10 лѣтъ сдѣлала нѣкоторый шагъ впередъ. Хотя англійское право представляетъ собою примѣръ естественно-историческаго роста, ибо возникало и развивалось постепенно само изъ себя, благодаря постепенно развивающимся потребностямъ и условіямъ жизни, но съ другой стороны оно является конгломератомъ разнородныхъ частностей, отдѣльностей и казуистическихъ рѣшеній, подавляющихъ своимъ количествомъ и не приведенныхъ въ систематическій порядокъ. Вслѣдствіе этого возникаетъ крайняя неопредѣленность и запутанность англійскихъ законовъ. До сихъ поръ Англія не имѣетъ кодексовъ, до сихъ поръ ея законы не приведены въ систему, за исключеніемъ нѣкоторыхъ отдѣловъ, такъ называемыхъ консолидированныхъ актовъ. А кодификація законовъ безъ науки, безъ научной предварительной обработки немыслима. По поводу проекта

*) Gneist, das heutige englische Verfassungs und Verwaltungsrecht. 1. Bd. 1857, p. 506. 2 е изданіе 1867, p. 1245.

Пальмера генералъ-атторней справедливо замѣтилъ: „наша система законовъ сохранилась отъ среднихъ вѣковъ въ ненаучной формѣ до настоящаго времени, за исключеніемъ законовъ о недвижимой собственности, торговыхъ законовъ и сравнительно-новаго закона о повинностяхъ. Я надѣюсь дожить до того дня, когда снимется упрекъ съ нашего отечества, надѣюсь дожить до англійскаго кодекса, составленіе котораго вовсе не трудно и сдѣлаетъ честь правительству, желающему получить право на благодарность современниковъ и потомства. Но составленія кодекса нельзя достигнуть однимъ собраніемъ и соглашеніемъ несовмѣстимыхъ рѣшеній; необходимо поручить дѣло компетентнымъ лицамъ, которыя бы сумѣли изложить законъ“; къ этому мы можемъ съ своей стороны лишь прибавить, что такія лица, конечно, могутъ быть подготовлены лишь серьезнымъ теоретическимъ и практическимъ изученіемъ права.

Многіе практическіе люди идутъ еще далѣе и говорятъ, что изучить законы можно также хорошо чисто практическимъ путемъ, въ самой жизни, на дѣлѣ, путемъ разрѣшенія юридическихъ казусовъ, и ссылаются при этомъ на жизненный опытъ.

Что касается до жизненнаго опыта, то мы дѣйствительно видимъ примѣры, что возможно сдѣлаться способнымъ юристомъ и достойнымъ уваженія государственнымъ человѣкомъ и безъ предварительнаго теоретическаго изученія права, непосредственно занимаясь практическими дѣлами и знакомясь съ правомъ по поводу каждаго конкретнаго случая. Кто получилъ извѣстное общее образованіе и надѣленъ хорошими способностями, тотъ безспорно изъ наблюденій конкретной жизни можетъ вынести болѣе или менѣе трезвое и ясное пониманіе предметовъ и отношеній, можетъ навострить свои умственныя способности и пріобрѣсти навыкъ быстро обсуживать представившійся случай. Но такіе примѣры составляютъ исключеніе и притомъ такіе люди достигаютъ до извѣстной зрѣлости лишь послѣ весьма продолжительныхъ занятій, восполняя при этомъ недостатокъ своихъ познаній изученіемъ теоріи права. Большинство же

юристовъ терялось бы въ лабиринтѣ разнообразныхъ юридическихъ сдѣлокъ, юридическихъ казусовъ, никогда не достигло бы до яснаго сознанія общей связи вещей и оставалось бы въ предѣлахъ пониманія простаго дѣловаго механизма. Отсутствіе особаго природнаго дарованія, недостатокъ времени и наконецъ непривычка давать себѣ отчетъ въ принципахъ, главныхъ основахъ всѣхъ явленій права, все это лишало бы большинство юристовъ благотворнаго вліянія науки.

Чтобы показать недостаточность и скудость силъ одной практики и необходимость науки права, мы должны разсмотрѣть значеніе науки права и ея главныя задачи. Здѣсь не мѣсто разсуждать, что такое наука вообще, что слѣдуетъ разумѣть подъ наукою права въ особенности и какъ ее можно опредѣлить. Здѣсь мы замѣтимъ, что наука права должна удовлетворять двумъ главнымъ условіямъ: во 1) она должна заключать въ себѣ систематическое единство познаній, связанныхъ одною общею идеею о правѣ въ одно цѣлое; во 2) она должна изыскать, выяснить, привести къ сознанію законы, въ которыхъ осуществляется и дѣйствуетъ идея права, которые опредѣляютъ свободныя дѣйствія людей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, въ различныхъ сферахъ ихъ общественной жизни. Мотивъ, благодаря которому зарождается и развивается наука права, есть прежде всего тотъ же общій мотивъ, въ которомъ беретъ начало всякое человѣческое знаніе. Этотъ мотивъ,—первоначальная причина нашихъ знаній,—лежитъ въ самой природѣ человѣка. Человѣкъ въ силу своей разумной природы стремится къ познанію истины, стремится познать внѣшнюю природу, окружающій его міръ и свой собственный духъ.

Право, какъ практическая жизненная норма или совокупность нормъ, регулирующихъ наши свободныя дѣйствія, существуетъ вездѣ, гдѣ существуетъ только человѣческое общество; право поэтому, какъ фактъ, какъ одно изъ необходимыхъ условій общественной жизни, близко касающееся личности человѣка, его интересовъ, не можетъ ускользнуть отъ его взора и вниманія; оно незамѣтно становится пред-

метомъ его наблюденія, созерцанія и изученія. Человѣческій духъ первоначально обращаетъ вниманіе на фактически существующее право, на такъ называемое дѣйствующее положительное право, которое непосредственно господствуетъ въ жизни и опредѣляетъ внѣшнія взаимныя отношенія людей соотвѣтственно ихъ временнымъ потребностямъ, нуждамъ, умственному, религіозному и нравственному развитію. Совокупность понятій, которыя человѣкъ пріобрѣтаетъ или составляетъ себѣ о такомъ правѣ, образуетъ мало-по-малу первую ступень науки,—такъ называемую юридическую догму. Затѣмъ человѣкъ не довольствуется познаніемъ одного только дѣйствующаго права; въ силу опять, таки своего стремленія познать истину, онъ вопрошаетъ свой разумъ объ основѣ, сущности права вообще, пытается разрѣшить вопросъ: *почему,* гдѣ только существуетъ человѣческое общество, существуетъ и право? Человѣческій духъ стремится распознать строй человѣческаго общества и заглянуть въ глубину своей собственной природы и тамъ поискать разрѣшенія этихъ вопросовъ, стремится понять право въ его идеѣ какъ всеобщее и необходимое. Отсюда мало-по-малу развивается наука о первоначальныхъ законахъ человѣческаго духа, опредѣляющихъ внѣшнюю гармонію свободныхъ дѣйствій, практической дѣятельности чувственно разумныхъ существъ, является философское ученіе о правѣ или философія права.

Далѣе право, какъ жизненное начало, какъ жизненная норма, имѣетъ свое движеніе въ пространствѣ и времени, имѣетъ свое начало и развитіе вмѣстѣ съ возникновеніемъ и развитіемъ человѣческаго общества, а потому познавъ положительное право и идею права, человѣческій духъ не можетъ успокоиться на этихъ данныхъ; онъ стремится познать проявленіе права въ прошедшемъ, исторію осуществленія идеи права во всѣ эпохи и во всѣхъ ея формахъ, прослѣдить зарожденіе юридическихъ воззрѣній и понятій, преемство юридическихъ традицій, происхожденіе и развитіе существующихъ институтовъ и опредѣлить въ то же время поступательное движеніе самой науки права. Отсюда

вырабатывается историческая часть юриспруденціи—исторія права въ разнообразнѣйшихъ ея видахъ.

Вотъ въ общихъ чертахъ фазисы возникновенія и развитія науки права. Какія бы ни были отдѣльныя юридическія науки, какое бы число ихъ ни было, ихъ можно привести къ одной изъ указанныхъ нами трехъ обширныхъ частей юриспруденціи; мало того, въ каждой отдѣльной юридической наукѣ могутъ совмѣщаться и излагаться эти три стороны: догматическая, философская и историческая.

Разсмотримъ теперь главныя задачи науки права въ историко-догматической ея части и философской. Прежде всего сдѣлаемъ краткій очеркъ задачъ наукъ положительнаго права, все равно будутъ ли это науки догматическія или историческія. При выясненіи этихъ задачъ мы пользуемся мыслями, развитыми въ ученіи извѣстнаго цивилисто-романиста — Іеринга (см. его соч. Geist des röm. Rechts, двѣ части въ 3-хъ книгахъ). Думаю, что многія мысли и положенія, встрѣчающіяся въ этомъ ученіи, по своей глубинѣ и истинности содержанія, будутъ служить еще долгое время лучшимъ вкладомъ въ науку права. Въ послѣднее время у Іеринга замѣчается колебаніе, какое-то переходное состояніе: съ одной стороны онъ не можетъ покончить вполнѣ со всѣмъ своимъ прошлымъ, съ другой—господствующее въ наше время ученіе о непрерывномъ развитіи органической жизни, обусловленномъ наслѣдственностью и измѣнчивостью и борьбою организмовъ за существованіе, не могло не остановить на себѣ его чуткаго ума и дѣйствительно повліяло на его міросозерцаніе. Онъ отступилъ отъ нѣкоторыхъ прежнихъ своихъ воззрѣній и сдѣлалъ попытку приложить въ извѣстной степени біологическій законъ Дарвина къ сферѣ права.

Мы видѣли, что наука права должна приводить къ сознанію законы, въ которыхъ отражается вообще дѣйствіе права. Практика, о которой мы говорили выше, по необходимости ограничивается дѣйствующимъ положительнымъ правомъ, далѣе она не идетъ и не можетъ идти. Но въ состояніи ли она познать даже это дѣйствующее, существующее право? Мы покажемъ, что между фактически существующимъ пра-

вомъ и субъективнымъ познаніемъ—его громадное различіе и что наукѣ положительнаго права представляется не мало задачъ, чтобы по возможности привести къ сознанію дѣйствующее право. Данное положительное право во всей своей цѣлости представляетъ собою не аггрегатъ произвольныхъ опредѣленій, но объективный организмъ человѣческой свободы. Слово „организмъ“ нужно понимать не въ точномъ, а переносномъ смыслѣ: право, какъ совокупность нормъ для свободныхъ внѣшнихъ дѣйствій людей, можно назвать организмомъ лишь въ томъ смыслѣ, что оно служитъ отраженіемъ организма жизненныхъ отношеній, потребностей и интересовъ, благъ какъ личныхъ, такъ и вещныхъ, какъ духовныхъ, такъ и матеріальныхъ, составляющихъ въ своей совокупности одно цѣлое. Право можно сравнить съ нервною системою, которая не составляетъ сама по себѣ организма, но немыслима безъ него и внѣ его. Процессъ познаванія этого организма есть сложная и продолжительная операція человѣческаго духа. Организмъ всего права не можетъ быть познанъ разомъ во всей его цѣлости. Человѣческій духъ можетъ наблюдать только части этого организма. Прежде всего—что бросается въ глаза наблюдающему уму—это юридическія положенія, которыя суть не что иное какъ внѣшніе, единичные показатели одного необъятнаго, фактически существующаго права. Каждый народъ познаетъ организацію своего права прежде всего съ внѣшней стороны и потомъ мало-по-малу переходитъ къ пониманію внутренней. Результатомъ такой духовной дѣятельности, направленной къ познанію права, является выраженіе, воплощеніе его во внѣшней формѣ; это составляетъ такъ называемое формулированіе права. Формулированіе права совершается или непосредственно народомъ, или законодателемъ, или наукою.

Народъ самъ очевидно не можетъ формулировать всего своего дѣйствующаго права, потому что большей части своего права онъ не сознаетъ, точно также какъ тысячи людей живутъ, говорятъ и не сознаютъ физіологическихъ законовъ своего организма, законовъ своего языка. Народъ

въ своихъ юридическихъ пословицахъ выражаетъ только сознанныя юридическія положенія, масса же остальныхъ хотя и прилагается, примѣняется въ жизни, но не получаетъ своего выраженія во внѣшней формѣ. Для такой дѣятельности формулированія права необходимы два условія: способность наблюденія и талантъ изложенія, выраженія наблюдаемаго въ пластической формѣ. Наблюдатель долженъ прежде всего въ массѣ конкретныхъ жизненныхъ условій выдѣлить юридическій элементъ и потомъ дать ему соотвѣтствующее выраженіе, формулировать его надлежащимъ образомъ. А кто не знаетъ, что мы ежедневно не обращаемъ вниманія на многія явленія, которыя заслуживали бы нашего созерцанія и лишь какой-нибудь случай наталкиваетъ наблюдателя на важныя открытія. Тѣмъ болѣе представляется затрудненій для наблюденія явленій нравственнаго міра. Большею частію мы не даемъ себѣ отчета въ массѣ явленій этическаго міра, часто не отличаемъ фактическаго, случайнаго отъ юридическаго, необходимаго. То же самое нужно сказать о народѣ. Дѣятельность народа, какъ коллективнаго лица, въ формулированіи права обусловливается въ свою очередь культурнымъ его развитіемъ и естественными его задатками, природнымъ его талантомъ.

Далѣе законодатель также не можетъ обнять всего дѣйствующаго права, не можетъ обнять всѣхъ случаевъ въ постоянно развивающейся жизни народа. Возьмемъ въ примѣръ хотя бы наше законодательство; съ 1649 г. до составленія свода было издано болѣе 35,000 законовъ и все-таки коммиссія составленія законовъ полагала главную причину несовершенства юридическаго порядка въ недостаточномъ числѣ законовъ.

Наконецъ съ величайшимъ трудомъ и весьма медленно подвигается познаніе права и при зрѣлой, развитой юриспруденціи. Стóитъ вспомнить только періодъ римскихъ классическихъ юристовъ. Въ ихъ время существовало множество юридическихъ положеній, ускользнувшихъ отъ ихъ взора, оставшихся внѣ ихъ созерцанія, и только трудами совре-

менной науки они приведены въ сознаніе, познаны, освящены.

Итакъ, всегда существуетъ множество юридическихъ положеній, дѣйствующихъ, соблюдаемыхъ и однако не сознаваемыхъ. Такія юридическія положенія называются *скрытыми*. Изъ этого разсмотрѣнія мы приходимъ къ тому заключенію, что юридическія положенія—только внѣшніе, единичные, практическіе показатели права, что они не исчерпываютъ вполнѣ содержанія права, что мы не должны отождествлять право какой-либо эпохи съ извѣстными намъ юридическими положеніями ея, что они выражаютъ собою не самое право въ его цѣлости, а лишь сознаніе о правѣ въ данную эпоху. Вмѣстѣ съ этимъ для той или другой науки положительнаго права открывается первая главная задача: формулировать точнѣе, правильнѣе выразившіяся юридическія положенія и отыскать, освѣтить, объяснить скрытыя положенія. Въ этомъ заключается одно изъ преимуществъ науки права передъ практикою, которая имѣетъ обыкновенно дѣло только съ сознанными юридическими положеніями; для нея слѣдовательно бо́льшая часть права остается неизвѣстной.

Другая важная задача какой-либо науки положительнаго права заключается въ систематической обработкѣ права, которая предполагаетъ анализъ и возведеніе юридическихъ положеній до абстрактныхъ понятій, до логическихъ моментовъ системы. При образованіи понятій дѣятельность нашего разсудка состоитъ въ сравниваніи, отвлеченіи и обобщеніи отдѣльныхъ признаковъ, свойствъ и качествъ предметовъ. Подвергая анализу юридическія положенія, сравнивая ихъ между собою, обобщая, мы пріобрѣтаемъ болѣе или менѣе твердыя понятія о нихъ. Далѣе, юридическія положенія, придавая извѣстнымъ жизненнымъ отношеніямъ юридическую форму, могутъ приходить во взаимное соприкосновеніе, могутъ имѣть одну общую цѣль, какой-либо пунктъ соединенія и группироваться около него, по мѣткому выраженію Іеринга, какъ мускулы около костей. Мы можемъ слѣдовательно такія отдѣльныя юридическія положенія воз-

вести въ бо́льшія систематическія единицы, въ юридическіе институты, которые всѣ вмѣстѣ будутъ составлять твердый скелетъ права съ живою оболочкою юридическихъ отношеній. Мы можемъ далѣе познать внутреннюю связь и взаимныя отношенія отдѣльныхъ институтовъ между собою и возвести ихъ въ одну логическую систему. Вотъ почему ученому юристу право представляется логическимъ организмомъ юридическихъ институтовъ и юридическихъ понятій, юристу же практику оно кажется только аггрегатомъ, однимъ только комплексомъ юридическихъ положеній. Логическій организмъ напоминаетъ намъ внутреннюю природу права, аггрегатъ же положеній—лишь одну внѣшнюю сторону права, на сколько она проявляется непосредственно въ практической жизни.

Систематическая обработка права имѣетъ огромное значеніе и важность и доставляетъ намъ неисчислимыя выгоды. Возводя юридическія положенія въ юридическія понятія, мы ставимъ себя въ болѣе свободное отношеніе къ дѣйствующему праву и пріобрѣтаемъ какъ бы новыя силы, новыя орудія и новые аппараты, при помощи которыхъ возможно дѣлать различные эксперименты надъ даннымъ юридическимъ матеріаломъ. Юридическія положенія, какъ понятія, уже не имѣютъ формы повелѣнія и запрещенія, въ понятіяхъ они сбрасываютъ съ себя эту форму. Мы можемъ тогда свободно оперировать юридическими понятіями и такимъ образомъ видоизмѣнять юридическія положенія, то раздроблять ихъ, упрощать, то соединять и расширять. Понятія имѣютъ эту продуктивную силу, между тѣмъ какъ юридическія положенія сами по себѣ ея не имѣютъ; они должны оставаться тѣмъ чѣмъ существуютъ, потому что иначе не имѣли бы своей обязательной силы.

Возведеніемъ юридическихъ положеній въ юридическія понятія научное изложеніе и обработка права отличаются отъ изложенія его въ кодексѣ. Законодатель обыкновенно ограничивается изложеніемъ своихъ требованій въ непосредственно практической формѣ, наука же имѣетъ своею задачею не только объяснить ихъ и привести въ порядокъ, но и раз-

ложить на простые элементы логической системы. Законодатель даетъ такъ сказать сложныя тѣла, наука же посредствомъ анализа разлагаетъ ихъ на простыя тѣла, такъ что вмѣсто множества разнородныхъ юридическихъ положеній мы получаемъ извѣстное, опредѣленное число простыхъ тѣлъ, изъ которыхъ по своему желанію можемъ снова составить данное юридическое положеніе.

Въ научной, систематической обработкѣ и изученіи права лежитъ другое преимущество науки передъ практикою. Наука права даетъ намъ простые реактивы для безконечно сложныхъ конкретныхъ случаевъ жизни. Кто хотѣлъ бы ихъ разрѣшать съ помощью однихъ только юридическихъ положеній, тотъ вѣчно находился бы въ замѣшательствѣ, потому что жизнь постоянно представляетъ намъ новыя сложныя сочетанія, такъ что самая богатая казуистика кодекса оказывается недостаточною сравнительно съ этими новыми случаями. И напротивъ съ помощью простыхъ реактивовъ, которые мы получаемъ отъ науки, мы можемъ разрѣшать каждый представляющійся случай скорѣе, легче и основательнѣе.

Право, приведенное къ моментамъ логической системы, можно назвать алфавитомъ права. Этимъ алфавитомъ можно объяснить себѣ отношеніе между казуистически составленнымъ кодексомъ и правомъ въ его сціентифической формѣ; это отношеніе будетъ такое же самое, какое существуетъ между китайскимъ письменнымъ языкомъ и нашими европейскими. Тамъ каждое понятіе имѣетъ свой знакъ и, если образуются новыя понятія, то нужно составить и новые знаки для нихъ. Этимъ объясняется вся трудность изученія китайскаго языка; справедливо говорятъ, что для изученія его едва достаточно человѣческой жизни. Между тѣмъ у насъ алфавитъ весьма малый и при помощи его мы можемъ составить каждое слово и разложить его на составные элементы. Изученіе же этого алфавита не представляетъ никакихъ трудностей, не требуетъ многихъ усилій. Такъ точно всякое казуистическое законодательство содержитъ множество знаковъ для опредѣленныхъ отдѣльныхъ случаевъ; напротивъ право, приведенное къ его научной формѣ, даетъ

намъ именно такой алфавитъ права, съ помощью котораго мы можемъ всѣ хотя бы и весьма сложные случаи, или какъ Іерингъ выражается, самыя даже необыкновенныя словообразованія жизни исчислить и выразить.

Третья главная задача науки положительнаго права состоитъ въ познаніи, уясненіи психическихъ силъ въ правѣ, въ уясненіи духа права, тѣхъ характерныхъ элементовъ, свойствъ юридическихъ институтовъ, тѣхъ общихъ идей, которыя имѣли вліяніе на своеобразное, типическое образованіе опредѣленій права. Если мы подвергаемъ изслѣдованію право одного и того же народа въ различныя эпохи, то мы нерѣдко замѣчаемъ то необыкновенное и поражающее явленіе, что отдѣльные юридическіе институты, несмотря на ихъ логическую противоположность, въ одномъ и томъ же періодѣ имѣютъ нѣчто общее между собою, извѣстное сходство въ своемъ внѣшнемъ выраженіи, такъ что это сходство скорѣе бросается намъ въ глаза, чѣмъ сходство одного и того же института съ самимъ собою въ различныя стадіи его развитія. Такъ у насъ институты залога и купли-продажи, не смотря на свое различіе въ логической конструкціи, въ XVII в. подъ вліяніемъ уложенія царя Алексѣя Михайловича, весьма близко подходили другъ къ другу, имѣли много сходства между собою. Залогъ по существу своему приравнивался къ куплѣ-продажѣ, просроченныя закладныя обращались въ купчія. Напротивъ одинъ и тотъ же институтъ собственности въ различныя эпохи своего развитія по русскому праву имѣлъ менѣе сходства съ самимъ собою, чѣмъ вышесказанные различные институты. Вспомнимъ право собственности въ видѣ вотчинъ, помѣстій, которыя первоначально предполагали право собственности за государемъ или казною, но потомъ постепенно расширялись въ своемъ юридическомъ построеніи и наконецъ такъ приблизились къ вотчинамъ, что слились съ ними, далѣе въ видѣ тяглыхъ, казенныхъ имуществъ, которыя находились въ вѣчномъ владѣніи частныхъ лицъ и обществъ, обладавшихъ правами пользованія и распоряженія наравнѣ съ вотчинниками; владѣльцы имѣли право продавать, закладывать эти земли,

переносить ихъ по наслѣдству, охранять свое владѣніе судомъ, а на основаніи княжескихъ грамотъ нерѣдко такимъ владѣльцамъ принадлежало право вотчиннаго суда надъ людьми, живущими на ихъ тяглыхъ земляхъ.

Изъ всего этого можно придти къ заключенію вѣрному и непреложному, что во всей системѣ положительнаго права дѣйствуютъ извѣстныя силы, которыя опредѣляютъ духъ, характеръ и направленіе отдѣльныхъ институтовъ. Такое равенство психическихъ силъ не противорѣчитъ, не исключаетъ разнообразія формъ проявленія права; можетъ дѣйствовать одна и та же причина и дать различныя формы проявленія. Однѣ и тѣже психическія силы могутъ получить болѣе широкое развитіе въ одномъ институтѣ и наоборотъ подвергнуться ограниченію, ослабѣть въ другомъ. Такъ мы напримѣръ замѣчаемъ, что римское гражданское право достигаетъ наибольшаго своего развитія тогда, когда политическая свобода стала угасать; съ усиленіемъ власти дворянства въ Россіи понижается юридическое положеніе крестьянъ; развитіе свободы городскихъ общинъ въ средневѣковой Франціи началось въ то время, когда стала укрѣпляться абсолютная королевская власть. Во всѣхъ этихъ случаяхъ можно отыскать дѣйствіе одной и той же причины. Эти психическія силы придаютъ праву единство и индивидуальность, такъ что если бы не было этихъ силъ, то право представлялось бы просто количествомъ отдѣльныхъ институтовъ, не имѣющихъ между собою никакой связи. Эти психическія силы можно сравнить съ сердцемъ въ животномъ организмѣ; какъ въ послѣднемъ сердце разноситъ кровь по всему тѣлу, питаетъ его, оживляетъ, согрѣваетъ, такъ точно въ организмѣ права такую же функцію выполняютъ психическія силы. Онѣ придаютъ кромѣ того праву тотъ индивидуальный, своеобразный отпечатокъ, по которому можно узнать, что оно принадлежитъ такому то народу, такому то времени. Въ этихъ психическихъ силахъ, другими словами, отражается духъ народа, духъ времени, духъ права.

Четвертая задача наукъ положительнаго права состоитъ въ познаніи физіологическихъ отправленій права, его функ-

ціи. Нельзя ограничиться изслѣдованіемъ положительнаго права со стороны его духовнаго содержанія, его логическаго расчлененія и единства. Въ этомъ отношеніи оно можетъ представлять собою образецъ совершенства, но все-таки мы не имѣли бы понятія объ его достоинствѣ; послѣднее заключается въ его функціяхъ, т. е. въ его практической примѣнимости, въ различныхъ жизненныхъ его отправленіяхъ. Функція права вообще заключается въ способности его къ осуществленію, къ реализаціи, ибо осуществленіе составляетъ жизненный элементъ права. Все то, что не осуществляется, что не имѣетъ въ себѣ жизненной пригодности, не можетъ быть названо правомъ и наоборотъ все то, что реализуется какъ право, непремѣнно имѣетъ силу и значеніе права, хотя бы мы его и не находили въ законахъ, хотя бы народъ и наука и не сознавали его.

Нужно различать матеріальную осуществимость права и формальную. Первая заключается въ пригодности и сообразности матеріальныхъ опредѣленій права съ жизнью. Эта сторона права обусловливается требованіями даннаго времени, особенностями даннаго народа и культурнымъ состояніемъ его.

Право всегда имѣетъ въ виду извѣстныя цѣли, стремится удовлетворить интересамъ и потребностямъ даннаго времени и даннаго общества. Поэтому невозможно знать ни законодательства, ни обычнаго права какого либо времени и народа, не познавши реальныхъ состояній этого народа въ то или другое время. Почему существуютъ такіе то и такіе юридическіе институты и въ такой формѣ, на это можетъ дать намъ отвѣтъ сама жизнь.

Подъ формальною осуществимостью нужно разумѣть легкость и обезпеченность примѣненія права къ конкретнымъ случаямъ.

Примѣненіе юридическаго положенія состоитъ въ томъ, что мы выясняемъ и выражаемъ конкретно то, что въ немъ постановлено абстрактно. Многое, конечно, при этомъ примѣненіи зависитъ отъ способностей и вѣрнаго взгляда лица примѣняющаго, ибо не всякій одинаково способенъ произ-

вести вѣрную діагнозу даннаго юридическаго положенія, но трудность или легкость примѣненія юридическаго положенія вообще заключается уже въ объективной природѣ послѣдняго, въ томъ, сопровождаетъ ли оно свои опредѣленія, трудно или легко распознаваемыми критеріями, внутренними или внѣшними признаками. Какъ извѣстно, каждое юридическое положеніе соединяетъ съ опредѣленнымъ условіемъ опредѣленное послѣдствіе; напр. если кто содѣялъ то-то и то-то, то должно наступить такое то послѣдствіе. Примѣнить юридическое положеніе значитъ анализировать, подходитъ ли конкретный случай подъ абстрактно выраженное условіе, и если подходитъ, то нужно абстрактно выраженное послѣдствіе опредѣлить въ конкретной формѣ. Понятно теперь, что если въ юридическомъ положеніи условія и слѣдствія выражены болѣе внутренними признаками, то тѣмъ труднѣе конкретное примѣненіе этого положенія и наоборотъ: чѣмъ частнѣе они выражены и чѣмъ болѣе указываютъ на внѣшніе признаки, тѣмъ легче ихъ примѣненіе. Возьмемъ для примѣра слѣдующія постановленія Русской Правды: аще ли кто кого ударитъ батогомъ, либо жердью (дубиною), либо пястью (ладонью), или чашею, или рогомъ, или тылеснію (тупою стороною меча), то 12 гривенъ. Аще уткнетъ мечемъ, а не вынетъ его, либо рукоятью, то 12 гривенъ за обиду. Въ этихъ случаяхъ опредѣленіе условій и послѣдствій не представляетъ никакихъ затрудненій: все опредѣлено, измѣрено твердо и ясно. Но если юридическое положеніе выражено такъ: за нанесеніе обиды, на словахъ или на письмѣ, съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, или въ публичномъ мѣстѣ или въ многолюдномъ собраніи, а равно лицу, хотя и не состоящему съ обидчикомъ въ родствѣ по восходящей линіи, но имѣющему, по особымъ къ нему отношеніямъ, право и на особое уваженіе, или же лицу женскаго пола, виновные подвергаются: аресту не свыше одного мѣсяца или денежному взысканію не свыше стар.(ст. 131 уст. о наказ. налаг. мировыми судьями.) Въ этомъ случаѣ судьѣ представляется болѣе затрудненій при примѣненіи такого юридическаго положенія: онъ долженъ опредѣлить качество и родъ обиды,

ЮРИДИЧЕСКІЙ КАБИНЕТЪ В. Ж. К.

было ли заранѣе обдуманное намѣреніе, нанесена ли обида въ публичномъ мѣстѣ или многолюдномъ собраніи, было ли обязано лице оскорбившее какимъ либо особымъ уваженіемъ, т. е. судья долженъ опредѣлить признаки почти неуловимые, растяжимые, имѣющіе относительное значеніе, напр. что нужно разумѣть подъ обидою, подъ многолюднымъ собраніемъ или публичнымъ мѣстомъ, подъ особымъ уваженіемъ, какъ доискаться до познанія заранѣе обдуманнаго намѣренія. Мало того судья долженъ назначить наказаніе по своему усмотрѣнію и по своему убѣжденію: подвергнуть ли данное лице аресту, или денежному взысканію, т. е. наказаніямъ, которыя имѣютъ неодинаковое значеніе для всѣхъ лицъ. Потерпѣвшее лицо, смотря по своему развитію и образованію, можетъ требовать или денежнаго взысканія, или личнаго ареста; въ такомъ же положеніи можетъ находиться и виновный: для одного заплатить 100 р. ничего не значитъ, но за то день личнаго ареста можетъ составлять для него тяжелое наказаніе. Далѣе, если судья опредѣлитъ родъ наказанія, то остается еще обозначить мѣру его, что возможно сдѣлать по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла и положенія лицъ.

Изъ этого видно, какъ важно чтобы примѣненіе права было облегчено, упрощено и въ то же время обезпечивалось однообразное осуществленіе его. Поэтому наука права должна также содѣйствовать обработкѣ юридической техники. Юридическая техника имѣетъ огромную важность, потому что юридическія понятія должны быть выражены въ той формѣ, въ которой практическое ихъ примѣненіе оказывается наименѣе затруднительнымъ. Возьмемъ примѣръ. Если бы законодатель пожелалъ опредѣлить совершеннолѣтіе и избирательное право и выразился бы такъ: совершеннолѣтнимъ долженъ считаться тотъ, который обладаетъ необходимымъ умственнымъ развитіемъ и способенъ самостоятельно вести свои дѣла; тотъ можетъ избирать и быть избраннымъ, который способенъ и желаетъ содѣйствовать наивысшему благу государства. Въ такой общей абстрактной формѣ не можетъ существовать законъ. Сколько бы труда и вре-

мени было потеряно при приложеніи этого закона; онъ былъ бы неисчерпаемымъ источникомъ споровъ и давалъ бы большой просторъ произволу судьи.

И такъ юридическая техника должна занимать непослѣднее мѣсто въ наукѣ положительнаго права. Техникой обезпечивается не только правильное примѣненіе закона, но даже долговременное существованіе его.

Формальной осуществимости права содѣйствуетъ наука права еще другими способами: составленіемъ различныхъ юридическихъ правилъ, афоризмовъ, паремій, разъясненіемъ презумпцій, установленіемъ фикцій. Практика съ своей стороны облегчаетъ осуществленіе права составленіемъ образцевъ для юридическихъ сдѣлокъ, актовъ и пр., такъ называемыхъ формуляровъ.

Теперь слѣдуетъ разсмотрѣть задачи и значеніе науки права въ ея философской части. Мы замѣтили уже, что одною наукою положительнаго права человѣческій духъ удовлетвориться не можетъ. Вездѣ, во всѣхъ областяхъ знанія, онъ стремится познать основу, сущность, причины явленій, привести однородныя явленія къ первоначальнымъ, общимъ законамъ и принципамъ. Такъ точно и въ области права человѣкъ пытается познать всеобщее и необходимое въ массѣ разнообразныхъ проявленій права, найти для нихъ первоначальные, общіе законы.

Такіе первоначальные законы и принципы въ сферѣ права нельзя вывести изъ одного опыта, изъ одного наблюденія надъ прошедшею или настоящею жизнію, но только изъ неизмѣннаго существа природы человѣка и человѣческаго общества и изъ ея первоначальныхъ и существенныхъ потребностей, интересовъ, благъ и жизненныхъ отношеній. Прошедшее и настоящее даетъ намъ только единичные факты и притомъ разнообразнаго свойства. Что бы судить о свойствахъ и качествахъ этихъ фактовъ, объ ихъ достоинствѣ, нужно имѣть какой либо критерій. Мы видимъ, что у различныхъ народовъ законы, относящіеся къ одному и тому же предмету, а также одни и тѣ же юридическіе институты, не только разнятся между собою, но часто совершен-

но противоположны другъ другу. Изъ такихъ противорѣчивыхъ данныхъ нельзя было бы вывести одного общаго принципа; если бы и пожелали вывести, то пришлось бы сдѣлать выборъ, отдать какимъ нибудь положеніямъ предпочтеніе, но тогда очевидно мы должны были бы уже имѣть напередъ общіе принципы, по которымъ могли бы судить о достоинствѣ существующихъ законовъ и институтовъ. Разнообразныя жизненныя отношенія и блага сами въ себѣ и по себѣ не имѣютъ, не носятъ признаковъ праваго, справедливаго, добраго, совершеннаго. Эти качества и свойства опредѣляются лишь при содѣйствіи этическаго существа нашей природы, первоначальныхъ этическихъ ея элементовъ, а также при содѣйствіи болѣе или менѣе яснаго сознанія человѣка, его мышленія, его различающей дѣятельности. Изъ этого мы можемъ заключить, что идея права принадлежитъ къ чистымъ, а не эмпирическимъ идеямъ, т.-е. она относится къ изначальнымъ, апріорнымъ элементамъ нашей души. Называя идею права чистою, не эмпирическою, мы вовсе не желаемъ этимъ сказать, что она относится къ прирожденнымъ идеямъ. Прирожденныхъ идей, понятій нѣтъ и быть не можетъ, ибо въ человѣкѣ нѣтъ прирожденнаго, готоваго, вполнѣ развитаго, законченнаго сознанія. Сознаніе человѣческое постоянно и постепенно развивается, расширяется и совершенствуется по мѣрѣ того, какъ и на сколько человѣкъ прилагаетъ свою различающую дѣятельность или мышленіе къ своимъ внутреннимъ состояніямъ и актамъ, къ своимъ внѣшнимъ положеніямъ, обстоятельствамъ, однимъ словомъ къ внутренней своей природѣ и къ внѣшнему міру. Такимъ образомъ чистыя идеи мы противополагаемъ эмпирическимъ въ томъ смыслѣ, что онѣ возникаютъ, развиваются подъ вліяніемъ опыта, но не проистекаютъ изъ него. Не будь опыта, онѣ не возникали бы въ насъ, не имѣли бы своего бытія и не развивались бы, но съ другой стороны не будь апріорныхъ элементовъ въ нашей душѣ, изъ опыта мы не извлекли бы ихъ, не смотря на всевозможныя внѣшнія жизненныя отношенія и блага.

Первая и главнѣйшая задача философіи права—объяснить

право какъ всеобщее и необходимое явленіе, познать право не того или другаго человѣческаго общества, но право вообще, т.-е. идею права. Выясняя идею права, анализируя ее въ отдѣльныхъ признакахъ, указывая на общія свойства права, философія права должна выяснить въ тоже время и общую причину существованія права въ человѣческомъ обществѣ, выяснить его principium essendi и principium cognoscendi. Затѣмъ философія права должна объяснить не только всеобщность и необходимость права, но и причины разнообразія и измѣнчивости содержанія права; въ этомъ заключается ея вторая задача. Третья, не менѣе важная задача философіи права состоитъ въ выясненіи различія естественнаго права и положительнаго. Естественное право имѣетъ свое бытіе на ряду съ положительнымъ и его игнорировать невозможно. Мы полагаемъ, что всѣ теоріи естественнаго права только потому впадали въ ошибки и заблужденія, что желали обосновать его или на совершенно отвлеченныхъ началахъ, или выдавали его за вѣчное и неизмѣнное, имѣющее свою силу и значеніе для всѣхъ временъ и народовъ. Мнѣ кажется, что ему можно дать совершенно другую подкладку и другое значеніе, болѣе реальное. Подъ естественнымъ правомъ, по моему мнѣнію, нужно разумѣть: 1) право, соотвѣтствующее природѣ вещей, т.-е. природѣ человѣка, его потребностямъ, интересамъ, жизненнымъ отношеніямъ и благамъ, 2) существующее въ нормальномъ, здоровомъ сознаніи отдѣльнаго человѣка, по этому оно 3) есть право *на степени субъективнаго убѣжденія, воззрѣнія.* Естественное право подлежитъ измѣненію и развитію подобно положительному,—но отличается отъ этого послѣдняго тѣмъ, что оно не предполагаетъ общаго сознанія и общей воли для своего дѣйствія, но достаточно, если въ человѣкѣ возникли, измѣнились, развились и заявляютъ о себѣ его потребности, его блага, возникло и развивается вмѣстѣ съ ними и индивидуальное сознаніе необходимости извѣстной сферы внѣшней свободы, въ предѣлахъ которой они могли бы быть охранены и развиваться далѣе. Понимая такъ естественное право, намъ будетъ ясно, что и рабъ можетъ имѣть и заявлять

свои естественныя права, если онъ достигъ сознанія извѣстныхъ своихъ благъ, потребностей. Этимъ объясняются встрѣчаемыя нерѣдко въ исторіи возстанія рабовъ, крѣпостныхъ людей, протесты противъ положительнаго права. Борьба можетъ быть не только за положительное, конкретное право—объективное или субъективное, но и за естественныя права. Доведенное до высшаго своего обобщенія, до абстрактнаго пониманія, естественное право принимаетъ характеръ идеи, расчленяющейся въ частныхъ понятіяхъ, соотвѣтствующихъ извѣстнымъ потребностямъ и благамъ личности. Естественное право, будучи на степени субъективнаго убѣжденія или воззрѣнія, можетъ получить общеобязательную силу, если войдетъ въ содержаніе положительнаго права, предполагающаго всегда общую волю, мотивомъ которой служитъ общее сознаніе, общее воззрѣніе членовъ даннаго общества. Общая воля можетъ выражаться или непосредственно въ дѣйствіяхъ членовъ общества, или посредственно—въ дѣйствіяхъ его представителей, лицъ имѣющихъ общественный авторитетъ. Изъ такого значенія естественнаго права и такого его отношенія къ положительному праву легко будетъ понять, почему естественное право можетъ служить восполненіемъ пробѣловъ положительнаго права. Если судья долженъ рѣшить данный случай, непредусмотрѣнный закономъ и аналогія не можетъ быть приложена, то ближе всего ему обратиться къ принципамъ естественнаго права, обратиться къ своему собственному индивидуальному сознанію, къ своему разуму и совѣсти. Въ этомъ смыслѣ австрійскій гражданскій кодексъ дозволяетъ судьѣ рѣшать дѣла въ подобныхъ случаяхъ *по естественнымъ юридическимъ принципамъ*, т.-е. по принципамъ естественнаго права (das allg. bürg. Gesetzbuch f. das Oesterreich, § 7), гражданскій французскій кодексъ въ нѣкоторыхъ статьяхъ своихъ дозволяетъ судьѣ принимать во вниманіе при извѣстныхъ условіяхъ *естественную справедливость* (art. 565, 1135, 1854). Самая отвѣтственность судьи, которая можетъ наступить для него въ случаѣ отказа принять дѣло для рѣшенія подъ предлогомъ молчанія, неясности или недостатка закона (art. 4), должна за-

ставить судью обращаться къ принципамъ естественнаго права, хотя бы онъ ихъ прилагалъ къ дѣлу согласно съ общимъ смысломъ законовъ. Естественное право далѣе въ научной систематической формѣ изложенія не безполезно знать и законодателямъ, потому что оно можетъ служить основою и поводомъ къ изданію новыхъ законовъ, къ измѣненію прежнихъ и наконецъ при кодификаціи оно можетъ имѣть огромное вліяніе. Естественное право кромѣ того имѣетъ огромное значеніе въ международномъ союзѣ для котораго не существуетъ общаго кодекса. Извѣстно всѣмъ изъ исторіи этого союза, что многія начала естественнаго права проникали въ положительное международное право, въ международные договоры и международные юридическіе обычаи и такимъ образомъ становились обязательными юридическими нормами.

Четвертая задача философіи права—объяснить происхожденіе права и формы его возникновенія, въ пятыхъ показать и развить значеніе элементовъ права—нравственнаго, субстанціальнаго и логическаго и наконецъ въ шестыхъ установить и развить систему юридическихъ отношеній и институтовъ, руководясь дѣйствіемъ права въ различныхъ жизненныхъ сферахъ, начиная съ личной сферы отдѣльнаго лица и кончая сферами разнообразныхъ видовъ общественныхъ союзовъ.

Этихъ своихъ задачъ философія права только тогда можетъ успѣшно достигнуть и тогда только она можетъ имѣть твердыя основанія, когда будетъ доказано, что человѣкъ по природѣ своей не только субъектъ, но что его естественная субъективность служитъ въ то же время основою его этическаго существа, что онъ носитъ въ себѣ извѣстные, первичные, зачаточные этическіе элементы,—пока не будетъ доказано, какимъ образомъ мы достигаемъ до сознанія нашей разумно-свободной общежительной природы, до сознанія этическихъ понятій и идей, другими словами—до этическаго содержанія нашего сознанія. Только такимъ путемъ мы въ состояніи будемъ понять идею права и отношенія ея къ другимъ этическимъ, нормальнымъ понятіямъ. Только такимъ

путемъ мы можемъ привести къ сознанію значеніе нравственной личности, ея самобытнаго самостоятельнаго развитія. Этотъ путь, по нашему убѣжденію, единственно вѣрный и правильный. Говоря о значеніи личности, мы не можемъ не упомянуть о книгѣ, надѣлавшей столько шума у насъ, написанной живымъ, бойкимъ языкомъ и принадлежащей извѣстному ученому нашему юристу—г. Кавелину. Книга эта озаглавлена: задачи психологіи. Въ этомъ своемъ сочиненіи г. Кавелинъ много говоритъ о приниженности личности, объ ея паденіи и осутствіи всякихъ началъ и принциповъ въ современномъ намъ обществѣ, но въ то же время впадаетъ въ крайній реализмъ, быть можетъ самъ того не замѣчая. Г. Кавелинъ говоритъ: „отнимите у личности убѣжденіе въ томъ, что она вольна думать и поступать такъ или иначе, лишите ее увѣренности въ томъ, что есть незыблемыя начала и истины, добро и зло, правда и неправда, изъ которыхъ одни должны служить ей руководствомъ и правиломъ, а отъ другихъ она должна воздерживаться и отвращаться—и нравственный характеръ личности будетъ подрѣзанъ въ самомъ корнѣ. Если нѣтъ непреложныхъ началъ, то слѣдуетъ примѣняться къ обстоятельствамъ, не думая ни о какихъ руководящихъ нравственныхъ принципахъ, плыть по теченію не обременяя себя безполезной, ни къ чему не ведущей борьбой. Въ современной жизни личность, какъ нравственный дѣятель, сходитъ, если уже не сошла, со сцены. Живое чувство истины и лжи, правды и не правды, добра и зла, меркнетъ въ сердцахъ и совѣсти людей, не находя себѣ пищи въ господствующихъ воззрѣніяхъ“ (стр. 6, 8).

Послѣ такихъ серьезно высказанныхъ и прочувствованныхъ мыслей, послѣ такого напоминанія обществу о значеніи нравственнаго характера личности автору нужно было бы прежде всего посредствомъ анализа нашего сознанія и при помощи самонаблюденія и наблюденія доказать существованіе этическихъ элементовъ въ человѣческой природѣ, показать, какимъ образомъ эти элементы подъ вліяніемъ общественныхъ отношеній и другихъ внѣшнихъ обстоятельствъ развиваются, показать, какимъ образомъ мы достигаемъ до

сознанія незыблемыхъ истинъ и началъ правды и неправды, добра и зла, но къ сожалѣнію въ другихъ мѣстахъ его книги мы встрѣчаемъ совершенно иное. Авторъ ограничивается лишь указаніемъ, что „право—отвлеченіе отъ *юридическаго* закона, который въ свою очередь есть отвлеченіе отъ *установленныхъ* въ обществѣ *юридическихъ* отношеній людей между собою. Эти отношенія чрезвычайно различны, поэтому различны и законы, слѣдовательно и право, какъ отвлеченіе отъ послѣднихъ, есть не болѣе какъ рамка, схема, сама собою ничего не выражающая, не имѣющая никакого содержанія". Авторъ далѣе объявляетъ естественное право лишь проектомъ, программой новой системы законовъ, болѣе соотвѣтствующихъ измѣнившимся *юридическимъ* отношеніямъ; нравственность же, по объясненію г. Кавелина, есть лишь „психическое настроеніе, а не кодексъ обязательныхъ правилъ" (стр. 159, 160).

Теперь мы можемъ спросить всѣхъ и каждаго, что значитъ послѣ этого нравственная личность? Если нравственность есть лишь одно психическое настроеніе, которое не зависитъ и не опредѣляется никакими обязательными правилами, хотя бы эти правила существовали и не въ кодексѣ, а въ идеяхъ, то какой смыслъ тогда имѣютъ незыблемыя и непреложныя начала и истины, тѣ руководящіе нравственные принципы, безъ которыхъ человѣку приходится примѣняться къ обстоятельствамъ, плыть по теченію, не обременяя себя безполезной, ни къ чему не ведущей борьбой? Если право есть только двойное отвлеченіе отъ установленныхъ юридическихъ отношеній, то спрашивается, что это такое за юридическія отношенія въ обществѣ? почему мы именно такія-то отношенія называемъ юридическими? Чѣмъ они отличаются отъ множества другихъ, также существующихъ отношеній въ общественной жизни—нравственныхъ, религіозныхъ, эстетическихъ, экономическихъ и какъ возникаютъ, откуда берутся эти юридическія отношенія, отличающіяся спеціальными своими признаками? Эти отношенія сами въ себѣ и по себѣ не могли бы имѣть этихъ признаковъ, если бы они совершенно не зависѣли и не находились ни въ какомъ со-

прикосновеніи съ этическими элементами нашей природы. Если авторъ говоритъ, что юридическія отношенія касаются внѣшнихъ поступковъ людей и не идутъ далѣе, то этимъ еще не отмежевывается твердо область права. Экономическія отношенія, нравственныя, религіозныя, эстетическія также могутъ обнаруживаться во внѣшнихъ поступкахъ, могутъ касаться ихъ, слѣдовательно гдѣ же мѣрило для разграниченія, отличенія однихъ поступковъ отъ другихъ? Естественному праву далѣе авторъ приписываетъ значеніе лишь проекта, программы новой системы законовъ, болѣе соотвѣтствующихъ измѣнившимся юридическимъ отношеніямъ, а самое философское построеніе права называетъ „самообольщеніемъ", но если бы естественное право не имѣло никакого реальнаго самостоятельнаго основанія, то какимъ образомъ и почему оно могло бы возникнуть въ смыслѣ проекта, программы, коль скоро уже существуютъ измѣнившіяся *юридическія* отношенія? Вѣдь право—отвлеченіе отъ юридическаго закона, лишь рамка, схема, сама собою ничего не выражающая, не имѣющая никакого содержанія, слѣдовательно если существуютъ измѣнившіяся юридическія отношенія, то о программѣ новой системы законовъ рѣчи быть не можетъ.

Изъ этихъ сопоставленій и краткихъ замѣчаній каждый можетъ убѣдиться, что живое чувство истины и лжи, правды и неправды, добра и зла, не можетъ найти себѣ здоровой пищи въ подобныхъ воззрѣніяхъ, что эти воззрѣнія принадлежатъ къ тѣмъ именно осуждаемымъ г. Кавелинымъ взглядамъ, которые пріучаютъ насъ смотрѣть на дѣятельность человѣка только съ его внѣшней стороны, какъ будто бы всѣ его дѣйствія опредѣлялись исключительно одной внѣшней его обстановкой (ср. стр. 8). Изъ этихъ краткихъ замѣчаній далѣе можно видѣть, что подобное примѣненіе положительнаго метода къ психическимъ фактамъ не можетъ „разсѣять мрака, который мѣшаетъ намъ видѣть, и возвратить утраченныя въ нашемъ сознаніи права нравственной личности, приниженіе которой такъ тяжко отзывается на современномъ бытѣ и нравахъ" (стр. 9, 10).

Указавши на нѣкоторыя главныя задачи философіи права,

намъ остается сказать еще нѣсколько словъ объ ея необходимости въ практическомъ отношеніи. Необходимость философіи права становится еще болѣе ясною, если мы примемъ во вниманіе, что науки положительнаго права не могутъ дать намъ яснаго, отчетливаго и твердаго понятія объ идеѣ права, которая хотя и служитъ для всѣхъ нихъ центромъ, путеводною нитью, но онѣ ея не доказываютъ и предполагаютъ существующею; она не входитъ въ предметъ ихъ изслѣдованій, ибо требуетъ для своего уясненія высшаго обобщенія, годнаго не для той или другой отдѣльной науки, но для всѣхъ нихъ. Если нѣкоторыя представители той или другой положительной науки и дѣлаютъ попытки опредѣлить идею права и называютъ правомъ или общее правовое, юридическое убѣжденіе, или общую волю членовъ правоваго общества, или постановленія законодателя, или юридически обезпеченный интересъ, или отвлеченіе отъ существующихъ юридическихъ законовъ и юридическихъ отношеній, или весь юридическій бытъ, существующій на основаніи и въ границахъ права,—то они этимъ въ сущности ничего не объясняютъ, говорятъ только, что право есть право, ибо во всѣхъ этихъ дефиниціяхъ опредѣляемое, неизвѣстное объясняется тѣмъ же неизвѣстнымъ, искомымъ понятіемъ. Это неизбѣжная ошибка для всѣхъ тѣхъ, которые желаютъ вывести понятіе права изъ однихъ только внѣшнеэмпирическихъ данныхъ.

Философія права далѣе вноситъ единство и порядокъ въ изученіе всѣхъ отраслей права, всѣхъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, что весьма важно и необходимо. Вслѣдствіе недостатка общихъ основаній замѣчается въ настоящее время крайняя изолированность въ обработкѣ и преподаваніи отдѣльныхъ частей юриспруденціи, не обращается вниманія на многія родственныя и необходимыя понятія, которыя въ другихъ отрасляхъ имѣютъ большую важность. Такъ напримѣръ цивилисты установляютъ слишкомъ узкое понятіе права, вовсе неприложимое къ государственному праву; цивилисты вовсе не обращаютъ никакого вниманія на криминалистовъ и смотрятъ на право такъ, какъ будто бы оно касалось только имущества и имущественныхъ отношеній,

личныя же права въ тѣсномъ смыслѣ совершенно устраняются ими, такъ что все ихъ ученіе въ этомъ вопросѣ ограничивается изложеніемъ условій одной дѣеспособности, между тѣмъ какъ криминалистъ имѣетъ дѣло съ цѣлымъ рядомъ преступленій и проступковъ, направленныхъ противъ правъ человѣческой личности, напримѣръ противъ жизни, здоровья, чести, свободы. Далѣе многіе цивилисты устанавливаютъ слишкомъ узкое понятіе о владѣніи, которое непригодно къ публичному праву, между тѣмъ какъ владѣніе имѣетъ широкое приложеніе и въ государственномъ правѣ, и въ международномъ. Тоже самое замѣчается и по отношенію къ ученію объ юридическихъ лицахъ. Имѣя дѣло съ частнымъ правомъ, цивилисты берутъ признаки, исключительно свойственные этой отрасли права и даютъ понятіе юридическаго лица, имѣющее практическое значеніе только въ гражданскомъ правѣ, неприложимое къ публичному праву. Большинство цивилистовъ даже не сомнѣвается, что юридическое лице есть фикція; это объясняется нерѣшимостью подвергнуть критической провѣркѣ ученіе о фикціяхъ, на сколько оно совмѣстимо съ дѣйствительною жизнію и можно ли ему дать широкое приложеніе. Далѣе многіе цивилисты почти безсознательно повторяютъ унаслѣдованное отъ римскаго права ученіе объ аналогическихъ понятіяхъ въ гражданскомъ правѣ, о quasi-понятіяхъ, напримѣръ quasi-possessio, quasi-contractus, quasi-delicta. Для построенія системы права юристы часто принимаютъ какъ аксіому различіе частнаго права и публичнаго и на этомъ различіи обосновываютъ обыкновенно дѣленіе всей юриспруденціи, не желая критически провѣрить состоятельность этого дѣленія; между тѣмъ философія права указываетъ возможность принять другой критерій для дѣленія. Далѣе ученіе о представительствѣ требуетъ также обобщающаго ученія, которое бы указало общія черты въ гражданскомъ и политическомъ представительствѣ.

Не слѣдуетъ также упускать изъ виду того обстоятельства, что философія права пробуждаетъ и развиваетъ въ каждомъ мыслящемъ человѣкѣ чувство долга, чувство правды и справедливости, и распространяясь въ обществѣ, поддерживаетъ

уваженіе къ закону, просвѣщаетъ, укрѣпляетъ, исправляетъ правовое сознаніе народа и содѣйствуетъ такимъ образомъ дальнѣйшему развитію права. Въ этомъ заключается ея немаловажное значеніе и нельзя не пожелать, чтобы философское ученіе о правѣ получило возможно большій объемъ и просторъ не только въ университетскомъ преподаваніи, но и въ литературѣ какъ общей, такъ и спеціально юридической.

Указавши значеніе и главныя задачи науки права, на сколько это было возможно сдѣлать въ краткомъ очеркѣ, каждый хотя приблизительно можетъ судить о важности и обширности науки права, о трудности разрѣшенія многихъ ея основныхъ задачъ, о недостаточности одной практики или преобладающаго практическаго направленія въ изученіи права. Изъ этого очерка мы видимъ, что наука права обладаетъ познаніями, которыя сами въ себѣ заключаютъ цѣнность, достоинство и не зависятъ отъ практическихъ цѣлей и выгодъ. Къ пріобрѣтенію этихъ познаній могутъ вести единственно любовь къ наукѣ и стремленіе къ изысканію истины. Безъ этихъ двухъ условій будетъ всегда преобладать и господствовать одна практическая дѣятельность, безъ этихъ двухъ условій наука права останется безъ всякихъ результатовъ, не принесетъ никакихъ плодовъ, самое движеніе науки права будетъ чуждымъ для лицъ, посвящающихъ себя практикѣ. Чѣмъ болѣе кто поддается соображеніямъ практическимъ и требуетъ отъ науки права непосредственныхъ результатовъ, практически годныхъ, которые бы тотчасъ же можно было приложить къ жизни, тѣмъ скорѣе исчезаетъ въ немъ чистая, безкорыстная любовь къ наукѣ и стремленіе къ общенію съ нею. При подобномъ отношеніи къ наукѣ заботы житейскія, цѣли практическія, нужды дня весьма скоро налагаютъ свои тяжелыя цѣпи на духъ вступающихъ на жизненное поприще и мало-по-малу притупляютъ въ большинствѣ изъ нихъ стремленіе къ научнымъ занятіямъ, разобщаютъ ихъ съ прежнею средою и погружаютъ въ исключительно практическіе интересы. Весьма немногіе изъ нихъ остаются подъ вліяніемъ тѣхъ идей, желаній и стремленій,

которыя обуревали ихъ когда-то въ стѣнахъ университета и не поддаваясь напору житейскихъ разсчетовъ, продолжаютъ расширять, укрѣплять свои научныя познанія и трудиться по мѣрѣ силъ своихъ и свободнаго времени на поприщѣ литературы.

И такъ кто желаетъ сохранить общеніе съ наукою права, принимать въ ней участіе, тотъ долженъ проникнуться и поддерживать въ себѣ непрестанно уваженіе къ ней и ея цѣлямъ, сознаніе ея важности и достоинства. Считаемъ нелишнимъ по этому поводу привести здѣсь слова одного опытнаго и извѣстнаго ученаго юриста первой половины нашего столѣтія—Венинга *) и ими закончить нашъ очеркъ. „Всякое предпріятіе, говоритъ онъ, удается тѣмъ легче, тѣмъ совершеннѣе, если берутся за него съ убѣжденіемъ въ его достоинствѣ, въ значеніи его результата; поэтому для изученія юриспруденціи первое и главное условіе, чтобы вполнѣ сознавали достоинство ея, великое ея вліяніе на жизнь и дѣятельность человѣчества. И дѣйствительно, кто взглянетъ на юриспруденцію въ цѣломъ ея объемѣ, кто посмотритъ, въ какой мѣрѣ охватываетъ человѣческую жизнь во всѣхъ ея направленіяхъ дѣятельность судьи, адвоката, ученаго юриста, законодателя, въ какой мѣрѣ право, справедливость, правовое состояніе становятся основою для развитія всѣхъ нашихъ жизненныхъ цѣлей, кто сообразитъ, что даже лучшіе законы остаются сами по себѣ мертвой буквой, если не оживляетъ ихъ духъ научнаго приложенія, что счастіе всѣхъ законодательствъ зависитъ отъ образованныхъ, просвѣщенныхъ юристовъ, тотъ долженъ посвятить себя изученію науки права исполненный высокаго уваженія и одушевляющей любви. Когда юриста сопровождаетъ такое представленіе, такое убѣжденіе въ достоинствѣ, величіи и высокомъ значеніи науки права, тогда онъ твердо обходитъ всякій камень преткновенія, и измѣряетъ свою дѣятельность не пріобрѣтеніемъ зем-

*) I. N. Wening, Lehrbuch der Encyclopedie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1821. § 307.

ныхъ благъ, но вездѣ, въ познаніи и дѣйствіяхъ, имѣютъ въ виду одну истину. Коль скоро онъ считаетъ свое новое пріобрѣтеніе въ наукѣ обезпеченнымъ, тогда онъ не поддается слѣпому вліянію постыдной лѣни, но напротивъ имъ овладѣваетъ новая неусыпная дѣятельность, потому что онъ созерцаетъ неизмѣримый кругъ своей науки и ея цѣли".

П. Л. Карасевичъ.

ОБЫЧНОЕ ПРАВО ЮЖНЫХЪ СЛАВЯНЪ

ПО ИЗСЛѢДОВАНІЯМЪ

Д-РА БОГИШИЧА.

СОЧИНЕНІЕ

ѲЕДОРА ДЕМЕЛИЧА.

ПЕРЕВОДЪ СЪ ФРАНЦУЗСКАГО

В. Гецевича.

ОТЪ ПЕРЕВОДЧИКА.

Прошли уже тѣ времена, когда цивилизованный западный міръ съ пренебреженіемъ относился къ славянскому племени, раскинувшему свои поселенія въ большей части Европы. Эпитеты „дикій“, „варварскій“ и т. п. перестали составлять необходимую принадлежность названія „Славянинъ“. Въ переживаемое нами время западный міръ сознаетъ, что славянская нація занимаетъ непослѣднее мѣсто среди другихъ народовъ, а рѣшеніе современнаго политическаго вопроса докажетъ, вѣроятно, фактически вѣсъ и значеніе нашего племени. Въ силу такого сознанія славянская жизнь сдѣлалась въ послѣднее время предметомъ изученій, наблюденій, изслѣдованій со стороны представителей европейской цивилизаціи. Французамъ въ этомъ дѣлѣ несомнѣнно принадлежитъ первое мѣсто въ ряду европейскихъ народовъ, а сопоставленіе сдѣланныхъ у нихъ по этому предмету изслѣдованій, съ изслѣдованіями, произведенными у насъ въ Россіи, даетъ несовсѣмъ лестные для насъ результаты.

У насъ только наша, русская жизнь сдѣлалась предметомъ серьезнаго изученія, а жизнь другихъ славянскихъ народовъ, ихъ настоящее и прошедшее, строго говоря, не получили никакой научной обработки. Въ то время какъ французскіе и англійскіе славянисты

бѣгло говорятъ на различныхъ славянскихъ языкахъ, мы Русскіе—славяне занимаемъ середину между ними и нѣмцами, которые очень часто не знаютъ даже о существованіи того или другаго славянскаго нарѣчія. Такое невниманіе наше особенно явственно въ области права, гдѣ законодательства славянскихъ народовъ для большинства русскихъ юристовъ составляютъ terra incognita, а въ литературѣ исторіи славянскихъ законодательствъ нѣтъ почти ничего.

Съ другой стороны нельзя не сознавать, что болѣе близкое знакомство съ славянскимъ міромъ для насъ необходимо: если для другихъ народовъ оно представляетъ преимущественно научный интересъ, то для насъ оно важно и въ политическомъ отношеніи.

Основываясь на изложенномъ, мы рѣшились внести въ русскую литературу переводъ французской брошюры, заключающей результаты изслѣдованій славянскаго ученаго д-ра Богишича. Хотя брошюра далеко не вполнѣ замѣняетъ подлинный „Сборникъ“, но все таки по ней можно составить общую картину обычнаго права южныхъ Славянъ. Кажется что при этомъ условіи она не будетъ лишена интереса и значенія для русскихъ читателей.

При переводѣ мы старались держаться по возможности ближе къ подлиннику для того, чтобы вполнѣ вѣрно, со всѣми оттѣнками передать мысли автора и для этой цѣли нерѣдко жертвовали изяществомъ русскаго слова.

ОБЫЧНОЕ ПРАВО ЮЖНЫХЪ СЛАВЯНЪ

ПО ИЗСЛѢДОВАНІЯМЪ

Д-РА БОГИШИЧА *).

Съ самаго начала настоящаго вѣка изученіе славянскихъ народовъ стало занимать европейскихъ ученыхъ. Ученыя знаменитости Франціи, Германіи и многихъ другихъ странъ стали печатать серьезныя изслѣдованія насчетъ политическаго, соціальнаго и религіознаго состоянія этихъ народовъ; затѣмъ въ *Revue des deux Mondes* начали появляться достойные вниманія труды относительно сербовъ, чеховъ и другихъ славянскихъ народовъ. Знакомство съ этой великой національностью, которая заняла большое пространство въ нѣсколькихъ королевствахъ и имперіяхъ Европы, съ каждымъ днемъ становится все болѣе необходимымъ какъ для государственнаго человѣка, такъ и для ученаго.

Современная политика, увлекаемая теченіемъ нашего времени, должна же въ самомъ дѣлѣ изслѣдовать и вникнуть въ духъ отдѣльныхъ народовъ, если желаетъ знать точно ихъ силу и ихъ стремленія, если желаетъ сообщить своимъ историческимъ и научнымъ твореніямъ твердое и продолжительное основаніе, если желаетъ, чтобы успѣхъ, который она могла

---

*) *Zbornik sadasnjih pravnih obicaja u juznich Slovena.* (Сборникъ современныхъ юридическихъ обычаевъ у Южныхъ Славянъ) Аграмъ 1874, in 8°, 710 стр.+LXXIV.

бы получить, не былъ бы обманчивой и скоропреходящей мечтой. Не говоря о Россіи, могущество которой уже 200 лѣтъ тому сдѣлалось чувствительнымъ въ Европѣ и почти во всей Азіи, многочисленная семья славянскихъ народовъ обитаетъ въ большей части европейскихъ странъ гдѣ въ скоромъ времени быть можетъ рѣшится не только будущность народовъ, которые ими владѣютъ, но по всей вѣроятности и будущность всей Европы. Поэтому очень естественно, что уже давно стремятся къ серьезному изученію славянскаго міра, который, кажется, призванъ играть такую видную роль въ рѣшеніи одного изъ самыхъ важныхъ вопросовъ, доставшихся въ удѣлъ XIX вѣку,—вопроса, которымъ одинаково заинтересованы какъ Востокъ, такъ и Западъ.

Что касается до ученыхъ изслѣдованій, то у славянъ есть много драгоцѣнныхъ памятниковъ, которые полезно разработывать съ терпѣніемъ и трудомъ, чтобъ открыть заключенныя въ нихъ сокровища. Но современная наука должна освободиться отъ прежнихъ своихъ слишкомъ тѣсныхъ рамокъ, если желаетъ достигнуть своей цѣли и осуществить въ себѣ идею истиннаго прогресса. Чтобъ обнять совокупность столь разнообразныхъ частей и имѣть объ ней вѣрное понятіе, наука нуждается въ сравненіи. Г. Миллеръ, знаменитый президентъ послѣдняго съѣзда оріенталистовъ въ Лондонѣ, справедливо замѣтилъ въ своей вступительной рѣчи, что сравненіе составляетъ научный характеръ нашего времени, точно также какъ и всѣхъ предыдущихъ вѣковъ. Прекрасные результаты сравнительнаго метода, примѣненные къ естественнымъ наукамъ, заставили ученыхъ и даровитыхъ изслѣдователей примѣнить его и къ другимъ наукамъ. Всѣмъ извѣстны поразительные результаты, которые далъ этотъ методъ въ приложеніи къ языкознанію, миѳологіи и особенно къ этнографіи, которая благодаря ему сдѣлалась настоящей наукой. Такимъ же образомъ прилагаютъ этотъ методъ къ изученію права, и хотя въ этомъ отношеніи сдѣланы только незначительныя попытки, но все-таки можно разсчитывать на серьезные результаты, такъ какъ сравненіе законодательствъ разныхъ народовъ необходимо расширитъ горизонтъ человѣ-

ческой мысли и прольетъ болѣе яркій свѣтъ на множество фактовъ, которые въ теченіе долгаго времени были затемнены и смѣшаны Сколько онъ уничтожилъ старыхъ предразсудковъ и сколько разсѣялъ обманчивыхъ иллюзій!

Если теперь приложить этотъ методъ къ изученію великаго славянскаго племени, то легко будетъ отдать отчетъ въ прекрасныхъ результатахъ, которые можно бы получить при употребленіи такого пріема. Какое поражающее множество, какое разнообразіе фактовъ встрѣчаются намъ при изученіи національной жизни славянства. Сравненіе находитъ здѣсь такое множество данныхъ, какое можно встрѣтить только у народа или вѣрнѣе у племени, занимающаго столь обширную и разнообразную территорію. Укажемъ еще на нѣкоторыхъ ученыхъ, которые воспользовались этимъ богатымъ матеріаломъ. Изученіе славянскихъ языковъ весьма распространено въ Европѣ, и филологія сдѣлала въ этомъ отношеніи замѣчательный успѣхъ. Этнографія, какъ кажется, поднялась еще выше, чѣмъ филологія. Во всякомъ случаѣ славянская археологія, поэзія, прелестныя народныя сказки, со времени ученыхъ трудовъ Шафарика, Вука и братьевъ Гриммовъ, перешли отъ народа къ цивилизованному міру. А сколько еще остается сдѣлать! Предъ нами цѣлый міръ науки, отдѣльныя части котораго—части очень важныя—кажется, совсѣмъ и не тронуты. Къ наукѣ права, напримѣръ, или къ законовѣдѣнію, какъ славянскіе ученые, такъ и иностранцы относятся крайне нерадиво.

Однако же знать право и законы того народа, который въ большинствѣ случаевъ сохранилъ свои испоконные обычаи, необходимо не только ученому юристу, но и этнографу, и экономисту и историку.

До настоящаго времени насчетъ обычнаго права южныхъ славянъ существовало только нѣсколько монографій, трактующихъ о различныхъ отрасляхъ этого права, и замѣчательное изслѣдованіе г-на Утезеновича, появившееся въ Вѣнѣ въ 1859 году о семейномъ устройствѣ въ кроатской и венгерской частяхъ Военной—границы. Недоставало еще по этому предмету обширнаго изслѣдованія, которое охва-

тило бы собой обычное право южныхъ славянъ, во всей совокупности его частей.

Рагузскій ученый смѣло взялся за эту трудную задачу и исполненіемъ ея доказалъ свою талантливость. Его трудъ пополнилъ значительный пробѣлъ въ наукѣ; несмотря на почти непреодолимыя трудности задуманнаго дѣла, авторъ успѣлъ, благодаря своему оригинальному и ясному методу соединить въ одно стройное цѣлое весь богатый матеріалъ, котораго нельзя найти въ другихъ сочиненіяхъ. Собственно говоря, имя г-на Богишича не первый разъ появилось въ юридической литературѣ. Еще въ 1866 году онъ напечаталъ свое изслѣдованіе объ обычномъ правѣ славянъ; книга имѣла большой успѣхъ не только въ его отечествѣ, но и во всей Германіи, и въ 1867 году должна была выйти вторымъ изданіемъ. Слава о немъ прошла въ Россію, куда онъ былъ приглашенъ профессоромъ Новороссійскаго Университета. Позднѣе г-нъ Богишичъ былъ занятъ кодификаціей правъ въ Черногоріи. *)

Но на этотъ трудъ свой г-нъ Богишичъ смотрѣлъ какъ на первую попытку и порѣшилъ, что на половинѣ пути невозможно остановиться. Такъ какъ онъ служилъ въ это время при Императорской библіотекѣ въ Вѣнѣ, то очень естественно, что въ основаніе его трудовъ легли писанные источники; онъ могъ справляться только по книгамъ и документамъ, хранящимся въ библіотекѣ, которые крайне неудовлетворительно замѣняли многочисленные и разнообразные источники политической, соціальной и религіозной жизни того народа, право котораго онъ хотѣлъ пересоздать на основаніи вполнѣ надежныхъ и достовѣрныхъ данныхъ. Уяснивъ себѣ основную мысль, г-нъ Богишичъ съ жаромъ взялся за работу. Результатомъ его труда явилась книга, напечатанная въ 1874 году Аграмской Академіею наукъ и беллетристики. Объ этой книгѣ мы спѣшимъ дать подробный отчетъ.

---

*) Объ этомъ важномъ порученіи смотри „Bulletin de législation comparée". Апрѣль 1875 г., стр. 225. Біографическій очеркъ г-на Богишича написанный г-мъ Лежеромъ можно найти въ Revue politique et littéraire за 5 іюня 1875 года.

Книга содержитъ въ себѣ право южныхъ Славянъ въ томъ видѣ, въ какомъ оно существуетъ въ ихъ испоконныхъ обычаяхъ, навсегда оставшихся въ силѣ. Это новая сторона славянскаго племени, какъ бы новый міръ, открытый авторомъ; вотъ почему мы хотимъ познакомить читателей съ этимъ важнымъ трудомъ, который можетъ пополнить многочисленныя, произведенныя во Франціи, изслѣдованія насчетъ южныхъ славянъ, ихъ пѣсней и народныхъ сказаній.

Но прежде чѣмъ начать разборъ этой книги намъ кажется не безполезнымъ сдѣлать краткій обзоръ предисловія, въ которомъ авторъ говоритъ о планѣ своего сочиненія и касается различныхъ научныхъ вопросовъ, пока еще не рѣшенныхъ. Замѣчательная его аргументація навѣрно успѣетъ привлечь вниманіе ученыхъ юристовъ. Въ этомъ же предисловіи авторъ описываетъ печальное состояніе науки права и законовѣдѣнія у южныхъ славянъ; онъ знакомитъ насъ съ причинами этого печальнаго состоянія и указываетъ на средства улучшенія.

Но послушаемъ г-на Богишича. Въ предстоящемъ разборѣ мы постараемся вѣрно воспроизвести его мысли.

I.

Исторія очень часто представляетъ намъ естественное развитіе народа, покореннаго въ силу какого-нибудь событія, которое не уничтожая національной жизни, приводитъ его въ состояніе какой-то оцѣпенѣлости. Можно бы полагать, что тогда онъ становится неподвижнымъ, между тѣмъ, какъ духъ народный не перестаетъ жить и укрѣпляться. Это видно изъ народныхъ пѣсенъ и сказаній, изъ обычаевъ и великихъ подвиговъ, которые продолжаютъ бытіе и сказочное мужество предковъ. Когда вслѣдствіе одного изъ этихъ крутыхъ политическихъ переворотовъ настаетъ минута освобожденія, то народъ, призванный къ національной жизни, находитъ себѣ мѣсто среди новаго міра, который опередилъ его; чтобъ не остаться позади другихъ народовъ онъ желаетъ въ одинъ день достигнуть того совершенства, которое до-

стигается трудами цѣлыхъ вѣковъ. Охваченный лихорадочнымъ стремленіемъ впередъ, онъ замѣняетъ свои старыя національныя учрежденія иностранными и очень часто самыя благородныя жизненныя начала приноситъ въ жертву неудачнымъ нововведеніямъ, идущимъ въ разрѣзъ съ народною жизнью. Народный духъ, движимый чувствомъ патріотизма ищетъ убѣжища въ низшихъ классахъ, гдѣ, какъ кажется, дожидается минуты своего пробужденія. Но вездѣ онъ поставилъ себя на почву искусственныхъ отношеній, а чисто искусственная, чужеземная цивилизація рождаетъ непрочныя учрежденія, которыя не имѣютъ никакого нравственнаго значенія и никакой жизненной силы.

Такова картина, которую представляютъ намъ почти всѣ славянскіе народы; г-нъ Богишичъ находитъ отраженіе этого печальнаго факта въ правѣ южныхъ славянъ. Надо замѣтить, что ни у одного народа не находятъ такого рѣзкаго различія между писанными законами и дѣйствующимъ обычнымъ правомъ. Такъ какъ законъ есть простой продуктъ абстрактныхъ теорій, то онъ совершенно игнорируетъ обычаи, которые народъ упорно сохраняетъ. Но такой законъ, взявшій свое начало внѣ исторической послѣдовательности, не обратившій вниманія на особенный характеръ народа, осязательно существуетъ только на бумагѣ. Это несогласіе между писанными законами и обычаемъ рождаетъ значительныя неудобства, въ особенности у такого народа, который, подобно южнымъ славянамъ, имѣетъ столько политическихъ, религіозныхъ, административныхъ частей на сравнительно небольшомъ пространствѣ. Да и кромѣ того, какое странное разнообразіе! Г-нъ Богишичъ разсказываетъ по этому поводу одинъ любопытный случай, который достаточно ясно доказываетъ неестественность этого положенія.

Появленіе писаннаго закона у всякаго народа даетъ въ результатѣ нѣкоторую общность между различными элементами націи, между тѣмъ какъ обычай, разнородное выраженіе мѣстныхъ различій, уже по этому одному представляютъ собою разнородность этихъ элементовъ. У южныхъ славянъ мы видимъ совершенно противное. Разнообразіе находитъ

себѣ мѣсто въ писанныхъ законахъ, между тѣмъ какъ обычаи въ своемъ принципѣ до извѣстной степени совершенно одинаковы. Поэтому-то въ этихъ странахъ, особенно въ турецкихъ провинціяхъ, населенныхъ славянами, гораздо лучше поручать отправленіе правосудія чиновникамъ, никогда не посѣщавшимъ училища, но опытнымъ и хорошо знакомымъ съ обычаями, знаніе которыхъ не можетъ имѣть мѣста въ средѣ законовѣдовъ по профессіи. Никто бы не жаловался на правосудіе *кади*, еслибы послѣдніе не запятнали себя продажностью. Напротивъ, въ провинціяхъ, имѣющихъ суды, организованные по образцу западныхъ государствъ, часто даютъ народу законы, нисколько не отвѣчающіе ни его нравамъ, ни его истиннымъ потребностямъ. Всякій согласится, что такого рода неестественность рано или поздно должна окончиться развращеніемъ народа.

Г-нъ Богишичъ справедливо требуетъ, чтобы законодатель отыскалъ настоящія причины этого печальнаго положенія дѣлъ. Но увы! ни юрисконсульты, ни ученые никогда не занимали себя этимъ важнымъ вопросомъ; они продолжаютъ составлять законы на основаніи чужихъ теорій, не безпокоясь слишкомъ о томъ приметъ ли народъ эти законы, а также пойметъ ли ихъ. Во многихъ государствахъ западной Европы обычаи были замѣнены новыми законами; славянскіе юристы, увлекшись этими нововведеніями, предпочли писанное право, но народъ остался вѣренъ своимъ испоконнымъ обычаямъ. Вотъ почему обычное право у южныхъ славянъ до сихъ поръ еще въ полной силѣ.

Здѣсь авторъ вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что право, подобно каждому организму, подчинено естественнымъ законамъ. Если крѣпко сжать вѣтвь дерева, то оно выпуститъ другія, болѣе сильныя, а если обтесать дерево, то потерянное въ ширинѣ, оно наверстаетъ разростаясь въ вышину. Лишь только одно человѣческое чувство перестаетъ дѣйствовать, другое сейчасъ же пріобрѣтаетъ выразительность, которой оно не имѣло. Этотъ естественный законъ одинаково управляетъ и правомъ. Если помѣшать развитію одной его отрасли, то другая развивается съ большею силою. Въ за-

падной Европѣ главнымъ образомъ занимаются писаннымъ правомъ и поэтому ясно, что право обычное стоитъ неподвижно. На оборотъ, у славянъ, гдѣ на писанное право до нынѣ смотрятъ какъ на мертвую букву, все развитіе права сосредоточивается въ обычаѣ.

Славянскіе юристы не захотѣли обратить вниманіе на различные пути, по которымъ слѣдовала исторія южныхъ славянъ и другихъ европейскихъ народовъ. Въ то время, какъ на западѣ развивались города, на югѣ у славянъ развивались деревни. Слѣдовательно, очень естественно что на западѣ обычай, нашедшій убѣжище въ деревняхъ, имѣлъ только второстепенное значеніе, въ то время какъ у славянъ, гдѣ города не достигли еще высокаго значенія, какое они имѣютъ на западѣ, онъ сохранилъ всю свою силу. Это невниманіе юристовъ къ точному соблюденію исторической послѣдовательности необходимо вызвало печальныя послѣдствія, которыя не замедлили обнаружиться.

Г-нъ Богишичъ объясняетъ, почему невозможно народу уважать законы, не отвѣчающіе его потребностямъ и доказываетъ, что подобное законодательство необходимо должно вселять величайше недовѣріе, потому что оно противорѣчитъ нравамъ и обычаямъ страны. Законъ, который возлагается на народъ насильно, будь онъ основанъ на самыхъ благородныхъ мотивахъ, всегда встрѣчается съ сильнымъ отвращеніемъ; ему повинуются машинально, и это-то именно почти всегда производитъ гибельное дѣйствіе. Такъ какъ ассимиляція между обычаемъ и закономъ невозможна, то послѣдній въ концѣ концовъ разрушаетъ древнія правовыя убѣжденія; а такъ какъ сила не въ состояніи устранить упорнаго сопротивленія, то отмѣненіе закона дѣлается необходимымъ. Да и самый авторитетъ его падетъ вслѣдствіе частыхъ измѣненій въ законодательствѣ. Вотъ что мы видимъ у южныхъ славянъ. Судьи, напр. желая избѣгнуть затруднительныхъ коллизій между обычнымъ правомъ и писанными законами всегда почти стараются не прилагать его къ дѣлу. Народъ съ своей стороны употребляетъ всѣ средства, чтобы избавиться отъ дѣйствія законовъ, которые онъ ненавидитъ. Г-нъ Богишичъ

указываетъ намъ на серьезное изученіе славянскихъ обычаевъ, какъ на единственное средство, которое можетъ дать прочное основаніе развитію права и прекратить столь грустное состояніе.

Далѣе, авторъ въ нѣсколькихъ словахъ описываетъ развитіе права у другихъ европейскихъ народовъ. Особенное значеніе онъ придаетъ важнымъ въ этой отрасли науки трудамъ французскихъ ученыхъ, такъ какъ французы глубже вникаютъ въ духъ права, чѣмъ какой-нибудь другой народъ. Точно также онъ говоритъ о громадныхъ заслугахъ германской исторической школы въ дѣлѣ изученія обычнаго права. Изъ всѣхъ научныхъ вопросовъ, которые авторъ разсматриваетъ дальше, вопросъ о коллизіи обычая съ закономъ, какъ намъ кажется, проведенъ на столько даровито, на сколько и оригинально. Г-нъ Богишичъ указываетъ на тѣ благія послѣдствія для науки и для практической жизни, которыя могли бы дать разрѣшеніе этого труднаго положенія, но это ему кажется слашкомъ отдаленнымъ даже въ тѣхъ различныхъ законодательствахъ, которыя придаютъ обычаю столько же значенія, какъ и закону.

Въ Россіи, напр. особенно въ послѣдніе годы, усердно взялись за изученіе обычаевъ. Правительство назначаетъ коммиссіи для изученія, собиранія и публикованія обычаевъ. Ученыя общества, особенно этнографическій отдѣлъ С.-Петербургскаго Географическаго Общества, усердно помогаютъ правительству въ его трудахъ; уставъ 20 ноября 1864 года, давшій новое судоустройство, повелѣваетъ мировымъ судьямъ вездѣ имѣть въ виду дѣйствующее обычное право. Сверхъ того еще оффиціальный комментарій къ этому уставу придаетъ ему большое значеніе. Но не смотря на такое уваженіе къ обычному праву, такъ какъ законодательство не предусматриваетъ случаевъ коллизіи, то судья не обращаетъ никакого вниманія на обычаи, а прилагаетъ попрежнему писанное право. Слѣдовательно даже въ Россіи, гдѣ съ такимъ жаромъ принимаются новыя теоріи обычнаго права, послѣднее прилагается только тогда когда этого буквально требуетъ законъ, или когда данное

отношеніе совсѣмъ не предусмотрѣно въ законѣ. Но гдѣ же причины такой несообразности? Г-нъ Богишичъ полагаетъ, что онѣ лежатъ въ недостаточной точности теоріи, принятой знаменитымъ юристомъ Г. Ф. Пухтой.

По этой теоріи, тѣ же самыя правила интерпретаціи, которыя служатъ къ разрѣшенію извѣстныхъ случаевъ коллизіи между писанными законами, должны быть равнымъ образомъ прилагаемы въ случаѣ коллизіи между обычаемъ и писаннымъ правомъ, какъ будто и то и другое происходятъ изъ одного источника. Подобная теорія, по мнѣнію г-на Богишича, слишкомъ поверхностна и неосновательна для того, чтобъ приложить ее къ дѣлу. Она недостаточно обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что и обычаи могутъ имѣть различныя основанія своего бытія и что ихъ, подобно писанному праву, надо разсматривать съ различныхъ точекъ зрѣнія. Этотъ недостатокъ теоріи, которая все-таки вызвала въ Россіи изученіе обычаевъ, очень часто мѣшаетъ серьезному ихъ примѣненію. Авторъ полагаетъ, что для рѣшенія этой затруднительной дилеммы прежде всего слѣдовало бы имѣть большое количество обычаевъ для изученія и сравненія. Затѣмъ раздѣлить ихъ подобно писанному праву на нѣсколько отдѣловъ по ихъ происхожденію, жизненной силѣ, по ихъ важности, кругу примѣненія или по другимъ качествамъ.

Что касается до коллизій обычаевъ съ писаннымъ правомъ, то слѣдовало бы принять во вниманіе слѣдующее различіе: 1) или законодатель былъ знакомъ съ обычаемъ и слѣдовательно, зналъ, что издавая свой законъ, противорѣчитъ ему (т.-е. обычаю). 2) или изъ всего закона слѣдуетъ, что законодатель въ это время по всей вѣроятности не зналъ обычая. Въ первомъ случаѣ сомнѣніе не можетъ имѣть мѣста; ясно, что законодатель хотѣлъ отмѣнить обычай; и такъ какъ онъ можетъ отмѣнять законы, то по этому самому онъ имѣетъ право отмѣнять обычай. Во второмъ случаѣ слѣдуетъ прибѣгнуть къ основнымъ правиламъ интерпретаціи законовъ, какъ будто бы мы имѣли дѣло съ коллизіей правъ, одинакихъ по своему происхожденію. Теорія Пухты можетъ прилагаться во второмъ случаѣ, но никакъ не въ первомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если законодатель не зналъ обычая, который всегда, по самой природѣ своей, служитъ выраженіемъ извѣстнаго института національнаго права, то тѣмъ болѣе онъ не могъ знать самый институтъ. При этомъ предположеніи онъ обнародовалъ бы законы для неизвѣстныхъ ему случаевъ. Не правда ли, что для судьи одинаково необходимо и обязательно знаніе обычая, какъ и знаніе закона; если онъ не знаетъ обычая, онъ совершаетъ ignorantia juris, точно также какъ если бы не зналъ писаннаго закона. Если же долженъ знать обычаи тотъ, кто примѣняетъ право, то тѣмъ болѣе тотъ, кто составляетъ законы. Поэтому законодатель всякій разъ когда желаетъ преобразовать и даже отмѣнить право, необходимо долженъ знать его, въ какой бы оно ни проявлялось формѣ, будетъ ли это писанное право или обычное.

Если въ договорахъ воля должна быть свободна отъ заблужденій, то тѣмъ болѣе она должна быть строго обдумана и опредѣлена у законодателя. Если онъ издалъ законъ, основываясь на заблужденіи или незнаніи, то обнародованное не соотвѣтствуетъ желаемому, и онъ не создалъ закона въ истинномъ смыслѣ этого слова.

Уже въ средніе вѣка глоссаторы, которые, какъ извѣстно, не были ревностными поборниками обычнаго права, учили, что „*tantum consuetudo valet, ubi lex non est scripta, quantum ipsa lex, ubi est scripta*“. Это правило, очевидно, основано на той идеѣ, что если бы законодатель зналъ обычай, то сообщилъ бы законную санкцію его опредѣленіямъ, потому что они наилучшимъ образомъ отвѣчаютъ учрежденіямъ страны. Такимъ образомъ, если законодатель обнародовалъ законъ, противный природѣ того или другаго неизвѣстнаго ему института, то ничто не мѣшаетъ предположить, что не имѣй мѣсто это незнаніе, законодатель поступилъ бы иначе и издалъ бы законъ, согласный съ духомъ обычая.

Авторъ не претендуетъ на то, что онъ нашелъ окончательное рѣшеніе этого важнаго спора, и собственно говоря, въ настоящую минуту онъ находитъ его невозможнымъ за недостаточностью разработки этого вопроса. Поэтому онъ хотѣлъ поднять этотъ вопросъ только для того, чтобы привлечь

вниманіе ученыхъ, и вызвать ихъ къ трудамъ, которые будутъ способствовать его разрѣшенію.

Послѣ этого небольшаго отступленія, авторъ настаиваетъ на необходимости изученія обычнаго права для судьи, юриста и законодателя. Онъ указываетъ на громадный ущербъ, который приноситъ даже исторіи права невниманіе къ столь важному изученію, и вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что оно составляетъ одну изъ первыхъ причинъ слабаго развитія этой отрасли науки. Въ самомъ дѣлѣ, невозможно получить вѣрное понятіе о правѣ данной эпохи, если въ одно и то же время не изучать отношенія, существовавшія тогда между обычаемъ и закономъ. Поэтому труды славянскихъ историковъ-юристовъ вообще суть только рабскія воспроизведенія различныхъ иноземныхъ методовъ, неприложимыхъ къ праву ихъ страны. Сверхъ того, не обращая вниманія на обычаи, они злоупотребляютъ юридическими презумпціями, особливо той важной презумпціей, что законъ, послѣ того какъ онъ обнародованъ, непремѣнно входитъ въ силу. Отъ этого происходитъ то, что вмѣсто историческихъ истинъ мы находимъ только простые вымыслы. Слѣдующій примѣръ докажетъ намъ справедливость такого заключенія.

Положимъ, говоритъ г. Богишичъ, что кто-нибудь желаетъ написать исторію права Далмаціи, гдѣ съ 1816 года дѣйствуетъ австрійскій гражданскій кодексъ. Этотъ кодексъ, непринимающій во вниманіе различныхъ національныхъ особенностей, составленный для другихъ народовъ, никогда не былъ примѣняемъ къ земледѣльческому населенію этой провинціи по части семейнаго и наслѣдственнаго права. Поэтому если бы юристъ захотѣлъ изложить исторію права Далмаціи за истекающее полустолѣтіе, сосредоточивая всѣ свои изслѣдованія только на писанномъ правѣ, то онъ бы далъ весьма ложное понятіе о нынѣ дѣйствующемъ правѣ этой страны.

Мы не пойдемъ дальше за г. Богишичемъ въ этой интересной части его труда; это бы увлекло насъ слишкомъ далеко, скажемъ только что ученый авторъ обычнаго права южныхъ славянъ обѣщаетъ въ недалекомъ будущемъ издать по этому предмету спеціальное сочиненіе, и чтобы за-

вершить нашъ разборъ прибавимъ еще нѣсколько словъ на счетъ происхожденія разсматриваемой нами книги.

Мы сказали выше, что г. Богишичъ во время печатанія перваго своего сочиненія легко убѣдился въ неудовлетворительности писанныхъ источниковъ. Онъ сейчасъ же порѣшилъ собрать у самаго народа матеріалъ для обширнаго изслѣдованія и приготовивъ планъ этой работы напечаталъ программу вопросовъ, обнимающую совокупность предметовъ славянскаго обычнаго права. Аграмская академія разослала 4000 экземпляровъ этой программы по различнымъ эпархіямъ Кроаціи, Далмаціи и Военной—границы. Каждая эпархія распредѣлила программу по всѣмъ приходамъ. Другіе экземпляры были разосланы самимъ авторомъ по Венгріи, Сербіи, Босніи, Черногоріи, Герцеговинѣ и Болгаріи. Это было единственное средство узнать скоро и вѣрно всѣ обычаи южныхъ Славянъ. Собранные отвѣты вмѣстѣ съ частными изслѣдованіями автора, составили обширное сочиненіе, о которомъ сейчасъ будемъ говорить, и которое, не смотря на поразительное богатство своего матеріала, далеко еще не полно. Самъ г. Богишичъ замѣчаетъ, что избранные имъ вопросы далеко не обнимаютъ всѣхъ юридическихъ и соціальныхъ отношеній. Но ученые труды и путешествія автора со времени разсылки программы значительно расширили его познанія и кругозоръ его взглядовъ. Въ 1872 году г. Богишичъ предпринялъ обширное путешествіе по различнымъ странамъ Кавказа, которое ему доставило весьма любопытныя данныя и обширныя примѣчанія для его книги. Онъ объѣхалъ Абхазію, Самурзакань, Грузію и Сванетію. Главная его цѣль состояла въ томъ, чтобы ставить въ параллель обычаи этихъ странъ съ обычаями славянскими, ибо посредствомъ такого пріема онъ надѣялся найти ключъ къ нѣкоторымъ загадкамъ обычнаго права своего народа. Программа служила ему основаніемъ для этого долгаго и терпѣливаго изученія. Г. Богишичъ, вездѣ принимаемый съ большою предупредительностію, покровительствуемый высокопоставленными лицами, а также весьма милостиво принятый Его Императорскимъ Высочествомъ Великимъ княземъ

Михаиломъ Николаевичемъ, продолжалъ свою работу въ Сухумъ-Кале, на Кавказѣ. Онъ вошелъ какъ бы въ новый міръ. Его уму представились новые многочисленные вопросы. Прежняя программа не удовлетворяла его болѣе. Онъ долженъ былъ ее расширить. На основаніи этой новой программы г. Богишичъ успѣлъ собрать значительное количество обычаевъ, которые составятъ предметъ другаго сочиненія. Затѣмъ авторъ захотѣлъ посѣтить Черногорію, гдѣ программа его обогатилась снова. Открытія, сдѣланныя имъ въ эту послѣднюю экскурсію, составятъ второй томъ его сочиненія.

Что касается до изложенія перваго тома, то цѣль автора состояла въ томъ чтобы по возможности вѣрно представить все что онъ собралъ при помощи своей программы. Поэтому онъ помѣстилъ отвѣты въ ихъ первоначальной формѣ подъ каждымъ вопросомъ программы, такъ какъ эта книга не есть уложеніе обычнаго права южныхъ славянъ, а простой сборникъ матеріаловъ. Г. Богишичъ вполнѣ справедливо опасался, чтобы обобщеніе не повредило наукѣ. Онъ полагаетъ что еще не настало время браться за подобную попытку, и поступилъ весьма благоразумно не предпочитая синтеза анализу. Если книга желаетъ достигнуть своей цѣли, то она главнымъ образомъ должна объяснить всѣ особенности обычаевъ каждой провинціи. Эти подробности весьма важны для науки, ибо при ихъ помощи можно обнять однимъ взглядомъ настоящія причины данныхъ правовыхъ отношеній и порядка. Методъ принятый авторомъ тоже облегчаетъ сравненіе права различныхъ эпохъ и странъ, что можетъ пролить яркій свѣтъ на множество интересныхъ фактовъ. Часто случается, что право у двухъ народовъ разнообразно, хотя соціальныя отношенія у нихъ одни и тѣже, между тѣмъ какъ въ другихъ случаяхъ между институтами двухъ странъ существуетъ полная гармонія, а соціальныя условія, въ свою очередь, совершенно въ нихъ различны.

Такъ напримѣръ по древнеримскому праву сынъ, который находился подъ властью отца, не могъ имѣть индивидуальной собственности. *Peculium castrense* или *quasi castrense* были приняты гораздо позднѣе римской юриспруденціей.

Точно такъ же обычное право Черногоріи не признаетъ индивидуальной собственности за членами—мужчинами, принадлежащими къ семейной общинѣ. Но въ это время какъ въ древнемъ Римѣ отсутствіе индивидуальной собственности основывалось на безграничной власти отца, въ Черногоріи молодой человѣкъ освобожденъ отъ нея потому что онъ составляетъ часть семейной общины. Въ самомъ дѣлѣ семейство отвѣчаетъ за убытки, причиненные кѣмъ нибудь изъ его членовъ, и наоборотъ пріобрѣтенія всѣхъ членовъ принадлежатъ семьѣ.

Сверхъ того обобщеніе неумѣстно въ такого рода сочиненіи. Надо представить обычаи въ ихъ характеристической формѣ и даже въ ихъ мельчайшихъ оттѣнкахъ. Эти оттѣнки исчезли бы въ сочиненіи, отличающемся преждевременнымъ обобщеніемъ, а между тѣмъ они необходимы потому, что должны служить основаніемъ всякаго изслѣдованія, которое есть нѣчто другое, чѣмъ отвлеченное умствованіе. Однакожъ и критическія замѣчанія не должны быть исключены изъ такого сочиненія и г-нъ Богишичъ много пользуется ими въ примѣчаніяхъ къ своей книгѣ. Онъ очень искусно объясняетъ противорѣчія, попадающіяся въ отвѣтахъ, приглашая вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣчавшихъ къ ихъ исправленію, такъ что мы имѣемъ по этому предмету сочиненіе истинно-ученое, а не простой перечень постановленій, назначенный для юристовъ-практиковъ. Но что бы сдѣлать свое сочиненіе болѣе полнымъ г. Богишичъ прибавилъ къ первому его тому списокъ, указывающій имена и мѣста жительства тѣхъ, которые отвѣчали на различные вопросы, заключенные въ его программѣ. Слѣдовательно сразу можно видѣть происхожденіи каждаго обычая. Въ главной части сочиненія попадается здѣсь и тамъ большое количество юридическихъ пословицъ по большей части до того неизвѣстныхъ. Наконецъ указатель содержитъ техническія названія различныхъ провинцій южныхъ славянъ.

Что касается до дѣленія книги, то г. Богишичъ слѣдуетъ системѣ, принятой въ наукѣ. Право публичное и частное сохраняютъ свои обыкновенныя подраздѣленія: право семей-

ное и право наслѣдственное, право вещное, обязательственное и т.-д. Въ нашемъ разборѣ мы будемъ слѣдовать тому же дѣленію, не сохраняя однакожь въ частностяхъ системы, принятой въ книгѣ. Мы вѣдь не хотимъ дать простой переводъ источниковъ, а вѣрное понятіе объ обычаяхъ, имѣющихъ силу у южныхъ славянъ, по крайней мѣрѣ на столько на сколько намъ позволятъ источники собранные авторомъ, книга котораго послужитъ намъ путеводителемъ.

II.

Основу семейнаго права южныхъ славянъ составляетъ община, т.-е. соединеніе нѣсколькихъ индивидовъ подъ властію одного и того же начальника, относительно всего, что касается управленія и обработыванія имуществъ, принадлежащихъ общинѣ. Родство, какъ мы укажемъ ниже, не есть единственная связь этихъ соединеній. Эмиль де Лявэле въ своемъ замѣчательномъ сочиненіи „Formes primitives de la propriété,“ разсматриваетъ эту организацію семьи съ точки зрѣнія экономической. Но различныя сочиненія по этому предмету далеко его не исчерпываютъ. При основательномъ изученіи обычнаго права особенно важно знать оттѣнки, которые встрѣчаются у различныхъ отраслей южно-славянскаго племени. Современныя понятія о семейной общинѣ взяты изъ тѣхъ мѣстностей, гдѣ иноземное вліяніе значительно измѣнило этотъ національный институтъ. Это потому что до сихъ поръ мы имѣемъ только самыя поверхностныя свѣдѣнія объ его организаціи въ Черногоріи, Герцеговинѣ, въ нѣкоторыхъ турецкихъ провинціяхъ Балканскаго полуострова, точно также и въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ семейныя ассоціаціи сохранились въ своей первоначальной формѣ. Институтъ этотъ, особенно съ юридической точки зрѣнія, стоитъ серьезнаго изслѣдованія и г. Богишичъ первый открылъ богатые, относящіеся къ нему, матеріалы *).

*) Примѣчаніе къ предисловію перваго тома говоритъ, что со времени напечатанія главной части своего сочиненія г. Богишичъ собралъ

Семейная община встрѣчается у славянъ съ самаго древняго времени. Слѣды ея находятъ въ нѣкоторыхъ отрасляхъ славянскаго племени, которыя ужь давно прекратили свое существованіе. Въ самомъ дѣлѣ этотъ институтъ служитъ вѣрнѣйшимъ выраженіемъ духа славянскихъ народовъ, который вездѣ стремится къ единенію, и который, какъ намъ кажется, на столько же далекъ какъ отъ строгаго принципа власти древнихъ римлянъ, такъ и отъ частнаго индивидуализма германцевъ. Семейная община, въ такомъ видѣ, какъ мы ее видимъ у славянскихъ народовъ, представляетъ свободное общество, гдѣ каждый членъ, не отказываясь отъ своихъ собственныхъ интересовъ, ставитъ ихъ въ зависимость отъ интересовъ общины. Г. Утезеновичъ вполнѣ правъ, оспаривая названіе «*патріархальная*», какъ совсѣмъ неподходящее къ сербскимъ общинамъ, ибо въ патріархальномъ быту отецъ установляетъ законы, а дѣти имъ повинуются. Въ славянскихъ же общинахъ, напротивъ, это безусловное повиновеніе нигдѣ не имѣетъ мѣста.

Въ Россіи этотъ институтъ обнимаетъ собою даже общину, въ то время какъ у южныхъ славянъ онъ ограничивается семействомъ. Въ турецкихъ провинціяхъ онъ сдѣлался какъ бы убѣжищемъ и алтаремъ сербскаго народа, оттѣсненнаго отъ общественной жизни и обратившагося къ семейству, гдѣ въ сохранившихъ первоначальную чистоту обычаяхъ онъ нашелъ утѣшеніе. И въ самомъ дѣлѣ эта общесемейная жизнь сохранила въ этомъ народѣ надежду на болѣе счастливое будущее. Изъ исторіи извѣстно, что мусульмане въ завоеванныхъ ими провинціяхъ, нигдѣ не затронули религіозныхъ и національныхъ институтовъ райевъ

въ Черногоріи, Герцеговинѣ и Албаніи новый и обильный матеріалъ. Этотъ матеріалъ не только пополняетъ пробѣлы, которыхъ нельзя было избѣгнуть до этихъ новыхъ изслѣдованій, но и чувствительно измѣняетъ понятія, установившіяся насчетъ организаціи семьи и другихъ, юридическихъ и общественныхъ учрежденій, на основаніи данныхъ существовавшихъ до этого времени. Слѣдовательно остается желать, чтобы второй томъ, въ которомъ авторъ воспользуется новымъ матеріаломъ, былъ напечатанъ по возможности скоро.

и что оставили неприкосновенными особенно сербскія общины, такъ какъ онѣ гарантировали уплату налоговъ гораздо надежнѣе, чѣмъ отдѣльное семейство. Тѣ же самыя причины успѣли сохранить этотъ институтъ въ Венгріи и Кроаціи, гдѣ феодальные интересы сопротивлялись дѣленію крестьянскихъ имуществъ. Также и барщина была выплачиваема общиной гораздо аккуратнѣе и вѣрнѣе. Когда ввели военное устройство на границахъ этихъ двухъ королевствъ, правительство скоро сознало выгоды, которыя доставлялъ ему этотъ обычай, такъ что вмѣсто уничтоженія оно сообщило ему законную силу.

Въ 1807 году основные законы страны, возобновленные въ 1850, торжественно признали сербскую общину, и такъ какъ эта организація сильно была защищаема, то общины въ этихъ мѣстностяхъ могли удержаться дольше, чѣмъ въ венгерскихъ комитатахъ *), гдѣ уничтоженіе феодализма нанесло рѣшительный ударъ этому древнему обычаю.

Съ 1839 и 1840 г. венгерскій сеймъ далъ крестьянамъ право свободнаго распоряженія пріобрѣтеннымъ имуществомъ, будетъ ли оно движимое или недвижимое, и вмѣстѣ съ этимъ опредѣлилъ что тѣ же крестьяне могли дѣлить наслѣдственную собственность поровну между своими дѣтьми. Политическія несчастія 1848 г. закончили разрушеніе послѣднихъ остатковъ феодальныхъ учрежденій, и это обстоятельство сильно способствовало паденію всѣхъ славянскихъ общинъ. Но въ Кроаціи, гдѣ приготовлялись къ войнѣ противъ Венгріи, было запрещено публиковать законы, установленные Пресбургскимъ сеймомъ. Семейныя общины могли здѣсь оставаться точно такъ же неприкосновенными, какъ и въ Военной границѣ. Между тѣмъ германское правительство, воцарившееся въ этомъ королевствѣ послѣ революціи и войнъ 1849 года, ввело здѣсь австрійскіе законы и съ этой минуты національныя учрежденія были потря-

*) Административное дѣленіе Венгріи и Кроаціи, отвѣчающее французскому департаменту, только съ большей автономіей.

саемы самыми разнообразными вліяніями. Доктрины современныхъ экономовъ проникли и сюда, и значительно измѣнили мнѣніе Кроатовъ насчетъ ихъ собственной системы землевладѣнія. Поэтому неудивительно, что законъ, запрещающій образованіе новыхъ общинъ, былъ принятъ послѣднимъ Аграмскимъ сеймомъ, хотя въ немъ преобладала національная партія. Этотъ законъ, поразившій испоконный обычай, и въ то же самое время удерживающій *statu quo* Военной границы, былъ утвержденъ верховною властью 3-го марта 1874 года (по новому стилю).

Но существовала-ли важная необходимость, которая заставила бы Аграмскій сеймъ принять подобный законъ? Не вѣрнѣе ли что позволили себѣ увлечься духомъ подражанія, въ которомъ всегда упрекаютъ славянъ, который сдѣлалъ изъ нихъ доктринеровъ и составилъ причину заблужденій ихъ публицистовъ и политиковъ? Какъ бы тамъ ни было, а народъ кроатскій, кажется, не хотѣлъ слѣдовать въ этомъ направленіи за своими законодателями. Правда, что съ 1848 года мы видимъ въ Венгріи и Кроаціи много дѣленій общинъ, которыхъ (т.-е. дѣленій) не было прежде, но, по нашимъ свѣдѣніямъ, эти части несамостоятельны, ибо раздѣлившіяся семейства нисколько не смотрятъ на общину, какъ на совершенно распавшуюся. Они еще имѣютъ своего общаго начальника, вмѣстѣ обработываютъ поля и общіе расходы относятъ на счетъ общины; они дѣлятъ только плоды этого общаго труда. Въ Кроаціи есть тоже мѣстности, гдѣ разъединенныя семейства всегда совершаютъ вмѣстѣ молитву; въ иныхъ мѣстахъ скотъ принадлежитъ общинѣ; въ иныхъ—вмѣстѣ работаютъ и только жатву дѣлятъ между собою.

Г. Богишичъ не безъ основанія жалѣетъ ,о томъ, что его собственныя свѣдѣнія не опредѣляютъ вполнѣ точно вещей, которыя послѣ частныхъ раздѣленій общинъ остались все-таки въ общинномъ владѣніи, равно какъ и о томъ, что эти свѣдѣнія не указываютъ вещей, которыя по праву подлежали раздѣлу. Въ самомъ дѣлѣ, источники, изъ которыхъ были почерпнуты эти данныя не упоминаютъ ни о тѣхъ плодахъ,

которыми семейства продолжаютъ пользоваться собща, ни о расходахъ, которые должны остаться на счету общины, равнымъ образомъ не назначаютъ лица, которое, послѣ раздѣла дѣлается предъ властями представителемъ семейства въ дѣлахъ, которыя остались общими. На всемъ Кроатскомъ поморьѣ эти раздѣленія обыкновенно производятся слѣдующимъ образомъ. Когда молодой человѣкъ женится, то онъ покидаетъ отцовскій домъ и младшій сынъ одинъ остается при отцѣ. Однако бываютъ случаи, въ которыхъ община больше не существуетъ. Впрочемъ эти случаи крайне рѣдки, и, по нашимъ свѣдѣніямъ, они имѣютъ своимъ послѣдствіемъ совершенное обѣдненіе всего округа.

Раздѣлы еще менѣе часты въ Славоніи; даже и тамъ, гдѣ они имѣютъ мѣсто, разъединеніе не продолжается долго. Лишь только семья увеличится, она составляетъ новую общину. Но если въ Славоніи раздѣлы рѣдки, то въ Военной границѣ они довольно часты; здѣсь они производятся тайно, чтобъ избѣгнуть строгихъ законовъ, которые заставляютъ семейства оставаться въ общинѣ, хотя между ними издавна не существуетъ согласія. Однакожь это не общее правило; въ Сербскомъ народѣ этотъ обычай пустилъ слишкомъ глубокіе корни для того, чтобы легко могъ исчезнуть. Въ Венгріи, несмотря на уничтоженіе всѣхъ общинныхъ основъ, гдѣ сербы какъ бы разсѣяны между иноземными племенами, общины также держатся крѣпко.

Эта семейная община встрѣчается еще и въ Далмаціи, несмотря на долгое господство венеціанцевъ и на австрійскіе законы, составленные при различныхъ обстоятельствахъ и по столь различнымъ надобностямъ. Вездѣ, въ деревняхъ народъ остался вѣренъ своимъ древнимъ обычаямъ. Источники, которыми мы пользуемся, говорятъ, что въ Конавлѣ, мѣстности лежащей въ окрестностяхъ Рагузы, три четверти семействъ живутъ общинами.

Этотъ древній обычай вездѣ сопротивлялся вліяніямъ, враждебнымъ его развитію; но онъ потерпѣлъ измѣненія и не можетъ отрицать того, что былъ потрясенъ въ своихъ

основаніяхъ, хотя и былъ далекъ отъ совершеннаго уничтоженія. Находясь подъ вліяніемъ несправедливыхъ притѣсненій со стороны законодателей, обычай этотъ почти вездѣ имъ поддался; но онъ сохранился въ своей первоначальной формѣ и силѣ тамъ, гдѣ національная жизнь сербскаго народа не подвергалась чужеземнымъ вліяніямъ. Вотъ почему мы находимъ его нетронутымъ въ Черногоріи, Герцеговинѣ и Босніи.

Въ этихъ странахъ чѣмъ многочисленнѣе семейство, тѣмъ болѣе это считается Божьимъ благословеніемъ. Для герцеговинца бѣдствіе приходитъ только тогда, когда раздѣляются общины, и по смыслу пословицы «отдѣльное семейство имѣетъ гораздо больше горя, чѣмъ радости». Личность, стоящая внѣ общины разсматривается, какъ человѣкъ безъ рукъ. Даже магометанскіе беи живутъ въ этихъ провинціяхъ въ общинѣ, если они принадлежатъ къ одному семейству и носятъ одну фамилію. Въ Сараевѣ, столицѣ Босніи, тоже находятся общины, въ Сербіи же, напротивъ, болѣе часты дѣленія.

Кодификація законовъ въ Сербіи нанесла этому институту самые гибельные удары, такъ какъ она вмѣсто исправленія внесла въ него безпорядокъ. Сербскій кодексъ, списанный, такъ сказать, съ кодекса австрійскаго, самъ бы нуждался въ благоразумной реформѣ. Относительно общинъ онъ заключаетъ въ себѣ много странныхъ противорѣчій. Поэтому то говорятъ о проектѣ закона, касающагося общинъ, который въ непродолжительномъ времени будетъ представленъ въ Скупчину. Вообще древніе роды Сербскаго княжества сильно огорчаются раздѣлами, такъ какъ они видятъ паденіе института, который для ихъ предковъ былъ единственнымъ убѣжищемъ отъ власти магометанъ, и исчезновеніе котораго кажется имъ роковымъ предвѣстникомъ несчастія Сербіи. „Чѣмъ улей полнѣе пчелами, тѣмъ онъ тяжелѣе.“ Это у нихъ народная поговорка.

Болгары, подобно всѣмъ южнымъ славянамъ, живутъ общинами. Институтъ этотъ встрѣчается въ Плевнѣ и

въ особенности у работниковъ, которые живутъ между Тирнавой и Рущукомъ. Въ Лешковацѣ, напротивъ, женатые сыновья оставляютъ общину вмѣстѣ со всѣмъ своимъ семействомъ, но только послѣ смерти отца. Однакожь если есть несовершеннолѣтніе, то община не распадается прежде чѣмъ они достигнутъ совершеннолѣтія и женятся.

Самое распространенное названіе, которое даютъ этимъ общинамъ, есть сербское слово *zadruga*, которое означаетъ собой товарищество (association). Однакожь это названіе не употребляется у всѣхъ южныхъ славянъ. Почти всегда говорятъ *zadruzna kuca* (общинный домъ — maison associée) вмѣсто *zadruga*. Въ гражданскихъ провинціяхъ Кроаціи употребляютъ слово *skupcina*, т.-е. *собраніе* и очень часто слово *братство, домъ* или *общество*. Въ Герцеговинѣ община извѣстна подъ названіями *очага* (foyer), *камина* (cheminée) или *дыма* (fumée). Въ Далмаціи называютъ ее иногда общиной *соединенныхъ братьевъ* (frères unis). Въ Герцеговинѣ дѣвушки до замужства называютъ общину *dom (домъ);* а когда дѣвушка выходитъ замужъ, то жилище ея мужа дѣлается для нея *домомъ,* между тѣмъ какъ семейство, изъ котораго она вышла по причинѣ замужства, зовется у нея *rod (родъ).*

Что касается до численности соединенныхъ въ общинѣ лицъ, или членовъ этихъ семействъ, то она значительно разнообразится смотря по провинціямъ. Самыя многочисленныя общины, естественно, находятся на плодородныхъ равнинахъ, но въ странахъ гористыхъ и на узкомъ Адріатическомъ поморьѣ онѣ весьма ограничены. Точно также очень обширныя общины встрѣчаются въ Славоніи и менѣе значительныя на поморьѣ Кроаціи и Далмаціи. Г-нъ Утезеновичъ опредѣляетъ среднее число членовъ общины въ Кроаціи въ десять до пятнадцати индивидовъ, изъ которыхъ трое или четверо почти всегда женаты. Но наши источники, напротивъ даютъ среднее число въ двадцать до двадцати пяти индивидовъ. Въ Славоніи самыя многочисленныя общины насчитываютъ до 60 членовъ, между тѣмъ какъ самыя малочисленныя имѣютъ ихъ шесть, семь или восемь. Въ

верхней Герцеговинѣ большая часть семействъ состоятъ изъ двадцати до двадцати пяти индивидовъ; въ Гачко нѣкоторыя семейства насчитываютъ до семидесяти индивидовъ. Но все таки общины никогда не бываютъ достаточно многочисленны для того, что бы составить деревню или общество. Прежде чѣмъ достигнуть этого быстраго приращенія, община должна бы была нѣсколько разъ раздѣляться. Правда есть деревни, которыя носятъ одну фамилію, но онѣ всегда состоятъ изъ нѣсколькихъ общинъ.

Вообще сербскія общины прибавляютъ къ древнему названію семьи имя начальника общины; Сербы, точно также какъ и Русскіе, имѣютъ обыкновеніе соединять съ именемъ отца частицу *evic, ovic* или *ic* (евичъ, овичъ или ичъ), какъ напр. въ названіяхъ *Petrovic*, *Stefanovic* и т. д. и сверхъ того составлять фамилію изъ титула или сана отца прибавляя къ тому или другому одну изъ названныхъ частицъ. Такъ *Kraljevic* значитъ сынъ короля *(kralj)*, *Pisarevic*—сынъ писаря *(pisar)*. Точно также заимствуютъ собственныя имена отъ ремесла, которымъ занимаются, отъ извѣстныхъ событій и т. д. Очень часто эти имена представляютъ собой вульгарныя прозванія, которыя народъ любитъ давать себѣ и которыя остаются за семействомъ. Если хотятъ обозначить всю общину именемъ отца, то послѣднее употребляютъ въ множественномъ числѣ. Но часто встрѣчается нѣсколько общинъ, носящихъ одну фамилію; это происходитъ отъ того что въ началѣ онѣ составляли одно общество, которое раздѣлилось для того что бы составить новыя общины. Эти послѣднія обыкновенно соединяютъ какое нибудь прозвище съ первоначальной своей фамиліей.

Вообще говоря, всѣ члены одной общины родственны между собою и это родство доходитъ иногда до четвертаго колѣна. Но, какъ мы это уже замѣтили, и иностранцы могутъ дѣлаться членами общины. Бракъ и усыновленіе—самыя обыкновенные пріемы, посредствомъ которыхъ принимаютъ ихъ въ общину. Случается что старики, потерявъ всѣхъ своихъ дѣтей и оставшись, такъ сказать, одни на свѣтѣ, не имѣя больше силы заниматься своимъ хозяйствомъ,

или не будучи въ состояніи жить своимъ собственнымъ трудомъ, входятъ въ чужую общину. Эти лишенные средствъ къ жизни или больные старики принимаются съ распростертыми объятіями сербскими общинами; имъ даютъ всѣ права члена общины, но если они имѣютъ небольшое состояніе, то должны отдать его въ общину или во время своей жизни, или въ видѣ завѣщаннаго имущества послѣ смерти.

Когда всѣ члены общины повымрутъ, и если не остается другаго наслѣдника кромѣ дочери, то мужъ ея дѣлается всегда начальникомъ общины, принимая для себя и для своего потомства древнее ея названіе. Можетъ также случится, что женщина вмѣстѣ съ своими дѣтьми покидаетъ домъ своего умершаго мужа, что бы опять войти въ общину своихъ братьевъ. Дѣти тогда, въ Болгаріи, дѣлаются членами общины своего дяди. Дѣти рожденныя отъ одной матери, но отъ разныхъ отцовъ остаются въ общинѣ послѣдняго мужа ихъ матери.

Очень рѣдко случается, когда иностранцы составляютъ между собою общину. Однакоже говорятъ, что подобные случаи представляются въ Босніи, гдѣ два друга соединяютъ иногда свои хозяйства. Но такая община не держится долго; она почти всегда распадается по случаю брака одного изъ двухъ друзей. Въ Сербскомъ княжествѣ подобныхъ общинъ не находятъ.

Въ общинахъ очень малыхъ и очень бѣдныхъ слугъ ставятъ на одномъ уровнѣ съ членами семейства. Въ Венгріи если остаются въ общинѣ только мужъ и жена, преклонные лѣтами, то они принимаютъ въ общину на правахъ члена ремесленника, который беретъ на себя обязательство заботиться объ нихъ и содержать ихъ на старости.

Теперь, прежде чѣмъ сказать каковы обязанности и права каждаго члена общины, мы укажемъ на то, что находится въ общинѣ, что составляетъ неотчуждаемую собственность всего дома. Равнымъ образомъ мы увидимъ состоитъ-ли имѣніе общины только изъ недвижимыхъ имуществъ или и движимыя тоже составляютъ его часть.

Вообще говоря славяне народъ вполнѣ земледѣльческій.

Въ иныхъ мѣстахъ семейныя общины почти исключительно находятся въ деревняхъ. Поэтому естественно что поля, луга и сады вмѣстѣ со всѣми земледѣльческими орудіями составляютъ общую и неотчуждаемую собственность семейства. Мы уже указали ту характеристическую черту славянъ, которая почти естественнымъ путемъ влечетъ ихъ къ общинѣ. Точно также мы сказали, что Сербъ смотритъ на раздѣлъ общинъ, какъ на роковаго предвѣстника несчастья, ибо посредствомъ группированія различныхъ силъ онъ можетъ достигнуть удовлетворительныхъ результатовъ. „Никто бы“, какъ гласитъ поговорка, „не пожелалъ остаться одинокимъ даже въ раю“. „Одинокій“, говоритъ другая изъ ихъ пословицъ, „подобенъ обрѣзанному дубу“. „Vae soli!“ говоритъ, въ самомъ дѣлѣ, самое Священное Писаніе. Слѣдовательно Сербъ съ ужасомъ относится къ дѣленію земли. Точно также онъ не знаетъ періодическаго дѣленія, какое практикуется въ русскихъ общинахъ. Сербъ напротивъ желаетъ сохранить то чѣмъ онъ владѣетъ и если онъ не можетъ увеличить своего состоянія, то по крайней мѣрѣ старается оставить его нетронутымъ своимъ дѣтямъ. Его поле, его домъ, его огороды составляютъ для него какъ бы священные предметы, которые должны переходить отъ поколѣнія къ поколѣнію.

Слѣдовательно недвижимыя имущества считаются у Славянъ какъ имущества неотчуждаемыя. Орудія и скотъ, безъ которыхъ не можетъ обойтись земледѣльческая эксплоатація, точно также принадлежатъ общинѣ, какъ и домъ или строенія, служащія для этой эксплоатаціи. На промышленныя строенія, воздвигнутыя основателемъ общины, тоже смотрятъ, какъ на общую собственность. Но все таки членамъ общины позволено пріобрѣтать подобныя строенія, а также заниматься разнаго рода промышленностью. Объ индивидуальной собственности, принадлежащей членамъ общины, мы скажемъ ниже; здѣсь же намъ достаточно замѣтить, что члены общины могутъ пріобрѣтать имущество, работая внѣ дома на свой собственный счетъ. Въ случаѣ крайняго бѣдствія или несчастья, община часто бываетъ вынуждена про-

дать все свое имущество; народъ смотритъ на это какъ на величайшій позоръ и покупатели подыскиваются рѣдко. Но продажа должна происходить съ одобренія и согласія всѣхъ членовъ общины, и народъ сурово порицаетъ того, кто бы искалъ обогащенія пользуясь несчастіемъ другаго. „Помните", говорятъ покупателямъ „объ этихъ бѣдныхъ дѣтяхъ, которые остаются безъ состоянія и безъ средствъ къ жизни! Остерегайтесь что бы ихъ проклятіе не упало когда нибудь на васъ и на вашихъ родныхъ!" Болгары смотрѣли бы какъ на безумнаго, на того, кто продалъ бы наслѣдство своихъ предковъ.

Что касается движимыхъ имуществъ, то между ними есть такія которыми нельзя распоряжаться безъ положительной необходимости. Такъ орудія, служащія для эксплоатаціи не продаются почти нигдѣ. Что касается до скота, то каждое семейство обыкновенно содержитъ двухъ быковъ и нѣсколько паръ другихъ животныхъ; остальное можетъ продаваться. Принадлежности хозяйства, ульи, ручныя мельницы, различные продукты растительнаго и животнаго царства по большей части отчуждаемы. Во многихъ мѣстахъ допущена одна продажа продуктовъ, а въ другихъ мѣстностяхъ, гдѣ жатва недостаточно обильна для того, чтобъ удовлетворить потребностямъ дома, запрещено продавать безъ необходимости и самые продукты.

Въ Болгаріи мѣняютъ виноградники на виноградники, луга и поля на поля и луга, но не продаютъ ихъ почти никогда. Въ этой провинціи бочки, котлы, служащіе для перегонки спирта, телѣжки и различныя земледѣльческія орудія считаются какъ бы прикрѣпленными къ землѣ. Точно также не продаютъ обыкновенно лошадей и скота за исключеніемъ престарѣлыхъ животныхъ.

Въ случаяхъ крайней бѣдности, какъ мы сказали, имущество общины можетъ быть продано, но не иначе какъ съ согласія всѣхъ членовъ общины, включая сюда женщинъ, молодыхъ людей и дѣвушекъ. Однакоже въ различныхъ мѣстностяхъ начальникъ общины можетъ свободно располагать общимъ достояніемъ безъ спроса самой общины. Но демо-

кратическій характеръ сербскаго народа и самый духъ института должны противиться такого рода самодержавію, которое, впрочемъ, представляетъ собой только исключеніе. Г-нъ Богишичъ относитъ его, какъ намъ кажется, справедливо къ иноземному вліянію, и оно, въ самомъ дѣлѣ, почти исключительно является въ мѣстностяхъ, лежащихъ на берегу моря или на этнографическихъ границахъ.

Теперь скажемъ объ обязанностяхъ и правахъ каждаго члена общины и сначала точно опредѣлимъ положеніе ея начальника, котораго сербскій народъ называетъ *domacin*, начальникъ или правитель дома. Мы нарочно избѣгаемъ слова *paterfamilias*, которое соотвѣтствуетъ другому понятію.

Начальникъ обыкновенно бываетъ избранъ общиной. Его выбираютъ изъ среды пожилыхъ и женатыхъ членовъ. Однакоже это правило имѣетъ много исключеній. Не смотря на высокое уваженіе сербовъ къ зрѣлымъ лѣтамъ, часто выбираютъ молодыхъ людей, испытанныхъ и извѣстныхъ по своему энергическому и честному характеру, по своимъ способностямъ и твердой волѣ. Иногда случается, что самъ *domacin*, чувствуя что силы его уменьшаются подъ тяжестью лѣтъ, отказывается отъ своей власти въ пользу самаго доблестнаго и самаго достойнаго изъ своихъ сыновей. Другіе члены общины должны согласиться съ этимъ выборомъ. Въ Черногоріи и Герцеговинѣ часто случается, что старшій братъ начальника общины наслѣдуетъ ему послѣ смерти. По недостатку брата старшій сынъ смѣняетъ отца въ этой почетной должности. Когда же этотъ братъ или старшій сынъ самъ слишкомъ старъ или немощенъ для того что бы управлять дѣлами, то начальникомъ общины можетъ сдѣлаться младшій братъ. Но кромѣ согласія остальныхъ членовъ общины онъ долженъ получить торжественное благословеніе отъ своего старшаго брата.

Сербы, какъ мы уже сказали, питаютъ большое уваженіе къ лѣтамъ: „Безъ повиновенія старцамъ, нѣтъ спасенія“. Это одно изъ ихъ положеній, но оно прибавляетъ, что „если лѣта—голова, то молодость—сила“,— неоспоримое основаніе для того, что бы дѣльнымъ молодымъ людямъ предоставить

управленіе общиной, когда старики, обезсиленные лѣтами, не могутъ уже отвѣчать всѣмъ ея потребностямъ. Изъ этого слѣдуетъ что хотя управленіе находится въ рукахъ самаго младшаго при жизни старика-отца или обезсиленнаго старшаго брата, но внѣшнее представительство дома всегда находится у того, кому еще принадлежитъ санъ начальника и предсѣдательство во всѣхъ торжественныхъ и религіозныхъ церемоніяхъ. *)

Слѣдовательно личныя качества главнымъ образомъ рѣшаютъ выборъ начальника. Вотъ почему можно избрать на эту должность женщину; точно также совершенно возможно что бы дѣвушка была представительницей дома въ томъ случаѣ, когда въ общинѣ нѣтъ взрослыхъ мужчинъ. Вдова послѣдняго начальника общины береть въ свои руки управленіе, если ея дѣти еще слишкомъ молоды и если мужъ, послѣ своей смерти, не оставилъ братьевъ. Но какъ только старшій сынъ достигаетъ возраста, въ которомъ онъ можетъ располагать своимъ имуществомъ, мать уступаетъ ему мѣсто. Въ Герцеговинѣ женщину никогда не называютъ *domaćin'*омъ; она не принимаетъ этого титула, а даетъ его своему старшему сыну, хотя бы онъ былъ еще въ колыбели.

Мы сказали, что дѣвушка становится иногда во главѣ

---

*) Возрастъ играетъ важную роль въ сербскихъ общинахъ и сильно измѣняетъ права членовъ. Особенно уважаютъ въ пожилыхъ людяхъ ихъ опытность: „Дьяволъ, говорятъ, очень опытенъ, потому что онъ старъ“. Повиновеніе въ высшей степени обязательно какъ относительно мужчинъ такъ и относительно женщинъ, преклонныхъ лѣтами. Старики имѣютъ право предсѣдательства въ семейныхъ совѣтахъ, они тоже сидятъ во время стола между тѣмъ какъ молодые остаются стоя. Имъ никогда не говорятъ „ты“; ихъ называютъ *дядюшкой*, *батюшкой* или *матушкой*, *тетушкой*. Сестры не говорятъ „ты“ старшимъ своимъ братьямъ. Молодые люди снимаютъ шапки передъ стариками и цѣлуютъ руки у тѣхъ, которые пріобрѣли высокое уваженіе въ семействѣ. Никогда молодой человѣкъ не позволитъ себѣ ссориться съ кѣмъ бы то ни было въ присутствіи старика и зорко глядитъ за тѣмъ, что бы не оставаться сидя въ то время когда онъ проходитъ. Игры и веселыя шутки также не имѣютъ мѣста въ присутствіи пожилыхъ мужчинъ или женщинъ.

общины. Эти случаи крайне-рѣдки, ибо когда дѣвушка есть единственная наслѣдница, то мужъ ея входитъ въ домъ что бы поддержать древнюю общину. Сборникъ г. Богишича упоминаетъ объ одномъ случаѣ, которой намъ кажется слишкомъ характеристичнымъ для того, что бы объ немъ не упомянуть, хотя это только простое исключеніе. Въ настоящее время находится въ городѣ Сараевѣ община состоящая подъ начальствомъ дѣвушки. Мать ея и братья добровольно подчинились ея власти. Она завѣдываетъ пансіономъ молодыхъ дѣвушекъ, и весь домъ содержитъ своимъ трудомъ. Такъ какъ она много путешествовала, то соотечественники смотрятъ на нее весьма почтительно, какъ на необыкновенное явленіе, и поэтому не поколебались ввѣрить ей управленіе общиной. Этотъ одинъ примѣръ доказываетъ, что и личныя начала тоже развиваются въ общинѣ и что умѣютъ цѣнить достоинства выдающейся личности.

Возрастъ, въ которомъ женщина отказывается отъ должности начальника общины въ пользу своего сына, совсѣмъ неопредѣленъ. Казалось бы что внутри сербскаго княжества старшій сынъ входитъ въ обладаніе своими правами, по достиженіи двадцатаго года жизни. Но г. Богишичъ не полагаетъ, что бы этотъ срокъ дѣйствительно былъ установленъ обычаемъ; скорѣе онъ полагаетъ, что ребенокъ дѣлается начальникомъ общины, какъ только окажетъ себя способнымъ управлять дѣлами.

Въ Сербіи подвергаютъ истинному испытанію тѣхъ изъ самыхъ старшихъ членовъ, которыхъ считаютъ способнѣйшими и тотъ, кто окажется наиболѣе умнымъ, непремѣнно назначается начальникомъ дома. Часто община даетъ послѣднему начальнику право назначить себѣ пріемника. Но это преимущество дается только тѣмъ, которые преобрѣли много уваженія въ общинѣ. Если же члены не могутъ согласиться на счетъ выбора лица, которое должно сдѣлаться ихъ начальникомъ, то рѣшаютъ вопросъ общиной, или же вынимаютъ имена по жребію. Такъ какъ всѣ важныя минуты жизни не обходятся у Сербовъ безъ религіознаго освященія, то и назначеніе начальника всегда совершается торжествен-

но. Это обыкновенно бываетъ въ праздникъ Рождества; послѣ окончанія трапезы приносятъ хлѣбъ называемый *czesnitza*. Въ этотъ хлѣбъ заранѣе кладутъ маленькую серебряную монету, зерно пшеницы, кукурузы и гороху. Зажигается восковая свѣча; всѣ званые встаютъ, совершаютъ крестное знаменіе и произносятъ молитву составленную для этого случая. Затѣмъ самый старшій ломаетъ хлѣбъ на столько кусковъ, сколько есть кандидатовъ и тотъ кто имѣетъ кусокъ, въ которомъ находится монета, дѣлается *domacin'*омъ.

Есть страны гдѣ эта почетная должность пріобрѣтается по наслѣдству. Въ Герцеговинѣ, напримѣръ, выборъ начальника имѣетъ мѣсто только тогда, когда покойный скончался, не назначивъ себѣ наслѣдника. Случается также что дѣлаются начальникомъ не по выбору и не по наслѣдству, а что одинъ изъ членовъ мало-по-малу овладѣваетъ этой почетной должностью. Если хозяйство процвѣтаетъ подъ его управленіемъ и если все направлено къ удовлетворенію общины, то онъ по праву признается начальникомъ дома. Но злоупотребленія проскользаютъ всюду, и приходится видѣть людей становящихся иногда во главѣ общины посредствомъ грубой силы или преступной хитрости. Тогда въ семьѣ, въ которой имѣетъ мѣсто этотъ захватъ власти, перестаетъ царствовать миръ, и неизбѣжно наступаетъ раздѣлъ, если члены общины не согласятся прогнать похитителя. Подобные случаи, къ счастью, рѣдки.

Что касается до правъ начальника общины, то обыкновенно онѣ состоятъ въ слѣдующемъ. Прежде всего онъ имѣетъ всѣ преимущества, которыя даетъ ему его возрастъ; онъ предсѣдательствуетъ въ семейныхъ собраніяхъ и служитъ представителемъ общины во всѣхъ внѣшнихъ дѣлахъ и передъ государственною властью. Прежде, когда существовала барщина, онъ былъ отъ нея освобожденъ. Онъ управляетъ имуществомъ общины, которая отдалась его попеченію, такъ что никто безъ его позволенія не можетъ распоряжаться вещами, имѣющими какую либо цѣнность. Во всякомъ случаѣ онъ не имѣетъ права повелѣвать членами общины: они ему равны и всѣ одинаково имѣютъ право подавать голосъ

въ семейныхъ совѣтахъ: *domacin* есть только *primus inter pares*; но онъ можетъ надзирать за членами общины относительно выполненія ихъ обязанностей, и назначать работы, которыя приходится имъ выполнять. Онъ управляетъ общинными деньгами и долженъ заботиться о необходимомъ для дома. Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ онъ также долженъ доставлять одежду и обувь для всѣхъ членовъ общины. Онъ отвѣчаетъ за всѣ расходы и не имѣетъ права употреблять общинныя деньги на свои потребности или на потребности своихъ дѣтей.

Одна изъ самыхъ важныхъ и самыхъ священныхъ обязанностей начальника общины есть защита чести общины. Вотъ почему требуютъ отъ него, чтобъ онъ былъ честенъ и храбръ. Вообще онъ долженъ всецѣло посвятить себя своей должности начальника, которая состоитъ въ томъ чтобы неусыпно заботиться о процвѣтаніи общины, поддерживать миръ внутри, прекращать ссоры между членами общины, защищать вдовъ и дѣтей, подобно настоящему отцу. Община питаетъ много уваженія къ своему начальнику и называетъ его хозяиномъ дома, *gospodar*. За столомъ даютъ ему почетное мѣсто; подаютъ всегда ему первому и онъ самъ раздаетъ каждому члену его порцію кушанья. Когда онъ входитъ, встаютъ. Танцы, музыка никогда не начинаются въ его присутствіи, безъ особеннаго съ его стороны позволенія. Онъ принимаетъ гостей; при немъ не курятъ.

Domacin не имѣетъ уголовной юрисдикціи. Тѣмъ, которые не повинуются, онъ можетъ дѣлать замѣчанія, но не можетъ налагать тѣлесныхъ наказаній, если только дѣло не касается дѣтей или молодыхъ дѣвушекъ. Точно также онъ долженъ остерегаться дѣлать выговоры мужчинамъ при женщинахъ, молодыхъ мальчикахъ и дѣтяхъ. Въ Болгаріи мужъ обязанъ наказать свою провинившуюся жену. Семейный совѣтъ собирается передъ церковью вечеромъ, послѣ ужина и здѣсь обсуждаются преступленія и проступки. Въ случаѣ осужденія виновный обыкновенно исключается изъ общины. Въ турецкихъ провинціяхъ апелляція къ суду никогда не имѣетъ мѣста, но въ Болгаріи очень часто обращаются съ апелля-

ціями въ городской совѣтъ, къ приходскому священнику или къ епископу. Въ Австріи противъ упорныхъ призываютъ помощь государственной власти и объ исключеніи изъ общины почти всегда даютъ знать судамъ; имъ выдаютъ самаго виновнаго для поступленія съ нимъ по законамъ.

Хозяинъ дома, какъ мы уже сказали, есть представитель общины во всѣхъ ея внѣшнихъ дѣлахъ. Онъ имѣетъ сношеніе съ религіозными, политическими и общественными властями. Онъ отвѣчаетъ за уплату податей, и кромѣ того долженъ смотрѣть за тѣмъ, чтобы повелѣнія церковной власти исполнялись со всею точностью, особенно въ томъ, что касается воспитанія дѣтей. Но за дѣянія каждаго члена общины начальникъ не отвѣчаетъ. На него возлагается обязанность только указывать общественнымъ властямъ тѣхъ, которые отказываются повиноваться законамъ и распоряженіямъ правительства. Онъ служитъ представителемъ семейства въ городскомъ совѣтѣ и вмѣсто него подаетъ голосъ на выборѣ старѣйшинъ.

Что касается до правъ начальника относительно общиннаго имущества, то онъ можетъ продавать и покупать нѣкоторыя малоцѣнныя вещи, но продажа и покупка должны быть совершены въ интересахъ дома. Для болѣе важныхъ операцій необходимо согласіе общины. Сверхъ того начальникъ общины можетъ покупать рѣшительно-необходимое, но отчетъ въ этомъ онъ долженъ отдать семейному совѣту. Въ Военной-границѣ начальникъ имѣетъ право продавать движимое имущество, но никогда—недвижимое. Вообще его право продавать зависитъ отъ нравственнаго значенія которымъ онъ пользуется. Если онъ любимъ и уважаемъ, то права его болѣе обширны, чѣмъ права другаго начальника, который не пользуется всѣмъ довѣріемъ членовъ своей общины.

Когда начальникъ дѣйствуетъ противъ воли общины, то члены могутъ лишить его должности, но здѣсь необходимо согласіе всѣхъ. Въ Австріи когда начальникъ не хочетъ отказаться добровольно отъ своихъ правъ, то его отставляютъ отъ должности при помощи судебной власти. Въ турецкихъ провинціяхъ, гдѣ чувство независимости и націо-

нальный духъ имѣютъ еще всю свою первоначальную силу, напротивъ, всячески остерегаются обращаться къ помощи судебной власти; семейный совѣтъ лишаетъ недостойнаго начальника его должности, и если онъ сопротивляется рѣшенію совѣта то просто исключаютъ его изъ общины. Отрѣшеніе отъ должности обыкновенно имѣетъ мѣсто тогда, когда хозяинъ дома неспособенъ къ управленію дѣлами и семейству, вмѣсто того чтобъ благоденствовать, грозитъ опасность разоренія. Если начальникъ слишкомъ старъ, слабъ или боленъ и если онъ соглашается сложить съ себя свою власть, то ему всегда предоставляютъ фигурировать передъ властями въ качествѣ хозяина дома. Но отставляютъ его отъ должности, если онъ дѣлается слѣпымъ или сумасшедшимъ, или единодушно ненавидимъ всѣми членами общины; если онъ склоненъ къ пьянству или если безнравственно его поведеніе; если подвергался позорнымъ наказаніямъ, если расточителенъ или только несправедливъ къ членамъ своей общины, а также если слишкомъ эгоистиченъ въ управленіи имуществомъ. Отставленіе отъ должности такого начальника обыкновенно совершается вечеромъ послѣ ужина. Самый старшій изъ семейства высчитываетъ всѣ его недостатки; онъ ему указываетъ на разореніе, которое грозитъ дому и объявляетъ ему, что онъ неспособенъ быть болѣе начальникомъ общины и что все семейство рѣшило замѣнить его другимъ. Здѣсь слѣдуетъ сказать, что кто-нибудь изъ братьевъ начальника почти никогда не провозглашаетъ этой деституціи, ибо въ подобномъ случаѣ община должна была бы приступить къ раздѣлу имуществъ.

Когда имѣетъ мѣсто отставленіе отъ должности или когда начальникъ умираетъ не назначивъ себѣ преемника, то обыкновенно самый старшій членъ, тотъ, который часто помогалъ бывшему начальнику въ исполненіи его должности, назначается для его замѣны. Такимъ образомъ поступаютъ въ Кроатской Военной-границѣ, гдѣ избраніе совершается мѣстною властью въ томъ случаѣ, когда члены общины не могутъ согласиться на счетъ выбора новаго начальника. Иногда нѣтъ даже и избранія, а самый старшій членъ, если ему

нѣтъ еще шестидесяти лѣтъ, сейчасъ же занимаетъ мѣсто отставленнаго или умершаго хозяина. Въ Далмаціи братъ начальника семьи вообще имѣетъ преимущество передъ его сыномъ; только въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ этой провинціи послѣдній наслѣдуетъ своему отцу. Иногда случается, что сейчасъ же не приступаютъ къ выбору новаго начальника. Въ Конавлѣ, напримѣръ, въ окрестностяхъ Рагузы, иногда назначаютъ обыкновеннаго управляющаго, и если онъ оправдываетъ возложенное на него довѣріе, то его окончательно назначаютъ начальникомъ общины. Точно также въ Болгаріи существуетъ обычай, который опредѣляетъ въ 40 дней срокъ предварительнаго управленія. Въ Сербіи начальники семьи назначаются по выбору, или самые старшіе члены поперемѣнно преемствуютъ другъ другу. Во всякомъ случаѣ, если братья или совершеннолѣтніе сыновья переживаютъ начальника, то самый умный изъ нихъ назначается *domacin'*омъ. Но если умершій оставляетъ послѣ себя только вдову съ несовершеннолѣтними дѣтьми, то одинъ изъ сосѣдей или двоюродный братъ приглашаются управлять имуществомъ дома до тѣхъ поръ, пока одинъ изъ дѣтей не достигнетъ возраста, который позволитъ ему быть начальникомъ.

Послѣ начальника семьи самыми большими почестями въ общинѣ пользуется *domacica*, хозяйка дома. *Domacica*—обыкновенно жена *domacin'*а. Она сохраняетъ эту почетную должность даже послѣ смерти своего мужа. Однакожъ, если жена начальника семьи слишкомъ стара или если она не обладаетъ качествами, которыхъ требуетъ эта должность, то на ея мѣсто назначаютъ способнѣйшую изъ самыхъ пожилыхъ женщинъ. Вдову выбираютъ только тогда, когда нѣтъ другой женщины для избранія, а въ нѣкоторыхъ странахъ даже не колеблются давать преимущество дѣвушкѣ, чего никогда не случается въ Герцеговинѣ и Черногоріи.

Мы уже сказали, что младшій изъ двухъ братьевъ дѣлается часто начальникомъ семьи вслѣдствіе физической или нравственной неспособности старшаго. Когда представляется такой случай, то хозяйкой дома дѣлается не жена младшаго, а жена того, кто былъ отставленъ отъ должности, или

того, кто долженъ бы быть избраннымъ. Въ Босніи, если младшій женатъ, то обѣ золовки исполняютъ эту должность поочередно. Но если жива еще мать начальника семьи, то обыкновенно она одна признается хозяйкою дома.

Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ женщины имѣютъ право сами выбирать *domacic*'у, но выборъ долженъ быть подтвержденъ семейнымъ совѣтомъ. Источникъ, изъ котораго мы почерпаемъ наши свѣдѣнія, упоминаетъ объ особомъ обычаѣ въ Рагузскомъ округѣ. Тамъ никогда не назначаютъ хозяйкою дома жену начальника семьи. Опасаются увеличить этимъ путемъ вліяніе *domacin*'а и полагаютъ, что можно лучше контролировать его управленіе совмѣстно съ женщиной менѣе съ ними связанной, чѣмъ его собственная супруга.

Права и обязанности *domacic*'ы сосредоточиваются внутри дома. Прежде всего она, какъ и слѣдуетъ, стоитъ во главѣ хозяйства. Молочня и курятникъ поручены ея вѣдѣнію. Деньги, вырученныя продажей молока и домашней птицы, отдаются ей, а она передаетъ ихъ хозяину дома. Она раздаетъ работу женщинамъ, находящимся подъ ея надзоромъ; должна быть примѣромъ хорошей хозяйки и особенно мудрой и добродѣтельной женщины. Она обязана вмѣшиваться и прекращать ихъ ссоры. Вообще, она отвѣчаетъ за внутренній порядокъ. Когда всѣ работники находятся въ полѣ, на виноградникахъ или въ лѣсу, *domacica* смотритъ за дѣтьми, стряпаетъ кушанье, и надзираетъ за всѣмъ домомъ. За столомъ она занимаетъ мѣсто подлѣ начальника семьи, вмѣстѣ съ которымъ она подчиваетъ гостей кушаньемъ и котораго она замѣняетъ въ случаѣ отсутствія. Съ ней совѣтуются на счетъ брака дѣвушекъ, которымъ она изготовляетъ приданое; иногда даже она пользуется рѣшающимъ голосомъ въ этомъ дѣлѣ.

Domacica надзираетъ не только за матеріальнымъ порядкомъ семьи,—она исполняетъ и нравственныя обязанности: она руководитъ религіознымъ воспитаніемъ молодыхъ дѣвушекъ, обучаетъ ихъ ежедневнымъ молитвамъ, по праздникамъ провожаетъ ихъ въ церковь и пріучаетъ ко всѣмъ домашнимъ работамъ. Во время длинныхъ зимнихъ вечеровъ,

когда полевыя работы пріостановлены, когда на дворѣ бушуетъ вѣтеръ и огонь трещитъ на очагѣ, *domaciса* собираетъ вокругъ себя молодыхъ дѣвушекъ и разсказываетъ имъ прелестныя сказки или народныя преданія, которыя онѣ слушаютъ съ почтеніемъ; нравоучительныя повѣсти, которыя передаются отъ поколѣнія къ поколѣнію и составляютъ утѣшеніе народовъ въ несчастіи, которыя являются вѣрными стражами ихъ національности противъ деспотизма завоевателя. Изъ устъ *domacic'*ы молодыя дѣвушки получаютъ то народное сокровище, которое позднѣе будутъ передавать своимъ дѣтямъ. Во время такихъ вечернихъ посидѣлокъ молодыя дѣвушки не остаются праздными, почти всѣ онѣ прядутъ, и добрая старушка-мать заставляетъ жужжать свою прялку, напѣвая имъ поэтическія народныя пѣсни, которыя, если такъ можно сказать, составляютъ исторію страны, переложенную на музыку. Сербы—преимущественно музыкальный народъ. Пѣсня сопровождаетъ почти всѣ минуты его жизни. И въ радости, и въ горѣ музыка не покидаетъ его никогда. И кто можетъ лучше научить этимъ патріотическимъ пѣснямъ, столь прекраснымъ и наивнымъ, какъ не добрая мать, эта неразлучная спутница своихъ дѣтей какъ дома такъ и въ церкви, какъ во время танцевъ такъ и во время молитвы?

Обязанности *domacic'*ы не ограничиваются одними живущими: она заботится также и о тѣхъ, которыхъ уже нѣтъ въ живыхъ. Почитаніе умершихъ есть одно изъ самыхъ священныхъ у сербскаго народа. Панихиды по умершимъ у православныхъ служатъ въ субботу. Хозяйка дома непремѣнно при нихъ присутствуетъ. Такимъ образомъ она своими молитвами чтитъ память предковъ, призванныхъ къ другой жизни, и вслѣдствіе этого почитаніе мертвыхъ переживаетъ поколѣнія.

Слѣдовательно должность хозяйки дома весьма доблестна и вполнѣ достойна зависти. Женщина, которая исполняетъ ее съ достоинствомъ, необходимо бываетъ любима и уважаема всею семьей. Всѣмъ доставляетъ удовольствіе облегчить ея должность. Ей воздаютъ всевозможныя почести. Тѣмъ не менѣе она подчинена начальнику, во всѣхъ важ-

ныхъ дѣлахъ спрашиваетъ его совѣта, и такимъ образомъ дѣлается естественнымъ посредникомъ между *domacin'*омъ и другими членами общины.

Теперь, познакомившись съ правами и обязанностями начальника семьи и хозяйки дома, мы переходимъ къ изложенію правъ другихъ членовъ общины. Права эти въ принципѣ одинаковы во всякомъ свободномъ обществѣ: всѣ члены одинаково участвуютъ въ общемъ имуществѣ и всѣ должны соединять свои силы и труды для блага и процвѣтанія общины. Всякій членъ имѣетъ свою долю пользы и право на пропитаніе, помѣщеніе и одежду отъ общества. Право голоса одинаково для всѣхъ участвующихъ въ семейномъ совѣтѣ и всякій имѣетъ право вводить гостей на домашнія пирушки. Членъ можетъ выйти изъ общины; онъ также можетъ поселиться въ чужой странѣ, но, какъ мы это скажемъ ниже, онъ долженъ получить согласіе начальника, даже для временной отлучки изъ общины. У православныхъ сербовъ каждый членъ имѣетъ право по меньшей мѣрѣ одинъ разъ отправиться на богомолье на Аѳонскую гору, гдѣ древніе сербскіе князья настроили монастырей, которые всегда уважаются Сербами, какъ святыни, достойныя высочайшаго благоговѣнія. Національная исторія пустила глубокіе корни въ этомъ народѣ.

Возрастъ и полъ сильно измѣняютъ эти разнообразныя права членовъ общины. Дѣти и молодыя дѣвушки не пользуются всѣми правами, предоставленными совершеннолѣтнимъ. Дѣтскій возрастъ, смотря по мѣстности, различно опредѣляется обычаемъ. Въ Военной-границѣ дѣтство кончается въ десять лѣтъ, а въ двадцать четыре года пріобрѣтаютъ всѣ права, но зрѣлый возрастъ наступаетъ только на тридцатомъ году. Напротивъ сербскій обычай придаетъ возрасту менѣе значенія. „Кто уменъ, тотъ довольно старъ“, говоритъ пословица; и мы уже разсматривали это положеніе, говоря о выборѣ начальника. Кто способенъ выполнять работы и исполнять обязанности взрослаго человѣка, тотъ, слѣдовательно, можетъ пользоваться и всѣми его правами.

Впрочемъ человѣкъ женатый болѣе уважается въ семьѣ, чѣмъ холостой.

Въ Герцеговинѣ и Черногоріи молодой человѣкъ начинаетъ пользоваться своими правами со времени, когда онъ способенъ носить оружіе, т.-е. позднѣе всего съ восемнадцати лѣтъ; тогда онъ пріобрѣтаетъ право голоса въ семейномъ совѣтѣ. Но женщины не во всѣхъ странахъ пользуются правомъ голоса. Въ Черногоріи онѣ допускаются въ совѣтъ только тогда, когда тамъ разсуждаютъ о весьма важныхъ вопросахъ. Въ другихъ сербскихъ странахъ совѣты женщинъ, особенно женщинъ пожилыхъ, всегда уважаются и заискиваются, хотя за ними рѣдко признаютъ право голоса. Кажется, что въ Далмаціи онѣ почти всегда получаютъ это право. Однакоже упоминаютъ о различныхъ странахъ, гдѣ этой привилегіей пользуется только хозяйка дома. Въ Военной-границѣ женщины могутъ подавать голосъ, если у нихъ нѣтъ мущины-представителя. Слѣдовательно это право должно принадлежать только вдовѣ, сынъ которой не достигъ еще совершеннолѣтняго возраста. Въ Болгаріи всѣ женатые мущины могутъ подавать голосъ въ семейномъ совѣтѣ. Впрочемъ настоящее значеніе придаютъ только голосу члена, которому исполнилось 25 лѣтъ отъ роду.

Семейный совѣтъ обыкновенно собирается послѣ ужина, когда конченъ дневной трудъ и всѣ члены могутъ соединиться вокругъ домашняго очага, у котораго зимою почти всегда бываютъ совѣщанія. Иногда, въ большіе праздники, собираются и послѣ обѣдни. Лѣтомъ засѣдаютъ подъ тѣнью дерева и тамъ занимаются важными вопросами, которые интересуютъ общину. Начальникъ говоритъ первый о домашнихъ дѣлахъ. Онъ даетъ отчетъ въ томъ что сдѣлалъ, открываетъ свои проэкты для будущаго и высчитываетъ все что слѣдуетъ предпринять. Затѣмъ слѣдуютъ обсужденія, и когда всѣ согласны, то утверждаются продажи и покупки произведенныя *domacin'*омъ и принимается предложенная хозяиномъ дома программа.

Въ семействѣ, гдѣ царствуетъ согласіе, гдѣ начальникъ пользуется общимъ довѣріемъ, пренія никогда не бываютъ

длинны и пристрастны. Почти всегда принимаютъ предложеніе *domacin*'а и подчиняются рѣшенію самыхъ старшихъ членовъ, хотя мнѣнія очень часто бываютъ разнообразны; но самые молодые заявляютъ, что они не хотятъ противорѣчить мудрой, столько разъ испытанной, опытности: они слишкомъ уважаютъ зрѣлый возрастъ, чтобъ подавать свое собственное рѣшеніе. Партія, принимающая проекты начальника, рѣшаетъ дѣло преніемъ, а другая почти всегда подчиняется.

Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Военной-границы дѣла рѣшаются большинствомъ. Если случается разногласіе, то одерживаетъ верхъ голосъ начальника. Точно также ему предоставляютъ свободу дѣйствовать по своей волѣ, когда послѣ долгихъ преній не достигли взаимнаго соглашенія. Въ Болгаріи во всѣхъ важныхъ дѣлахъ необходимо единогласіе и *veto* одного члена можетъ помѣшать самому умному рѣшенію семейнаго совѣта. Тогда окружаютъ несогласнаго, употребляютъ всѣ убѣдительныя средства для того, чтобъ онъ взялъ назадъ свое *veto*; умоляютъ его не подвергать опасности внутреннее согласіе; указываютъ ему позоръ, который упалъ бы на домъ, еслибъ сосѣди узнали о такомъ разномыслiи; семейство сдѣлалось бы посмѣшищемъ всего села. Рѣдко бываетъ, что сопротивникъ не покоряется настоятельнымъ просьбамъ и умаливаніямъ всѣхъ членовъ общины, и миръ почти всегда возвращается.

Изъ предыдущаго видно, что семейный совѣтъ главнымъ своимъ предметомъ имѣетъ жизненные интересы общины. Онъ значительно съуживаетъ сферу дѣйствій *domacin*'а, который вообще можетъ рѣшать одинъ только текущія дѣла. Когда рѣшается важное дѣло, покупка, напримѣръ, или продажа недвижимости или просто скота, то онъ всегда долженъ созывать совѣтъ. Ему запрещено совершать займы у иностранцевъ или дѣлать важные для дома долги безъ особеннаго на то согласія. Сверхъ того совѣтъ управляетъ всѣмъ, что относится до внѣшнихъ сношеній семьи, и онъ одинъ можетъ рѣшать о раздѣлѣ общины. Точно также начальникъ долженъ созвать своихъ членовъ, когда представ-

ляется вопросъ о чести или нравственности, который интересуетъ всѣхъ членовъ, однимъ словомъ въ исключительныхъ случаяхъ, требующихъ необыкновенныхъ средствъ. Совѣтъ еще рѣшаетъ о бракахъ; поэтому *domacin* долженъ смотрѣть за тѣмъ, чтобъ въ домѣ не было излишка брачныхъ четъ, такъ какъ это могло бы вредить благосостоянію общины. Въ силу этого иногда слѣдуетъ препятствовать или отсрочивать бракъ членовъ, которые не достигли еще брачнаго возраста и способности заключить бракъ. Сербскій обычай предписываетъ извѣстный порядокъ для браковъ, и начальникъ долженъ надзирать за строгимъ его соблюденіемъ.

Сербскій обычай требуетъ, чтобы старшій женился прежде младшихъ. Единственное исключеніе допускается въ томъ случаѣ, когда первый отказывается отъ брака или добровольно или поневолѣ, вслѣдствіе какого нибудь тѣлеснаго недостатка; но онъ все таки долженъ дать своему брату позволеніе жениться. Дѣвушки въ выходѣ замужъ всегда предшествуютъ своимъ братьямъ. Однакоже, когда одна сестра уже замужемъ, а другая еще ребенокъ, братъ можетъ не дожидаться, пока послѣдняя сдѣлается способной къ брачной жизни. Этотъ же порядокъ строго соблюдается въ Болгаріи. Того, ктобы его нарушилъ, безпощадно исключили бы изъ общины.

Вопросъ весьма важный состоитъ въ томъ, чтобы знать признаетъ-ли сербскій обычай за членами общины индивидуальную собственность. Извѣстно, насколько вообще славянскій народъ придерживается общинныхъ началъ. Для него раздѣлъ есть отдѣленіе семейства или, что все равно, несчастіе, самое грустное состояніе, какое могло бы существовать. Слѣдовательно, можно полагать, что сербская община не признаетъ за своими членами права на продукты ихъ труда и такимъ образомъ не позволяетъ имъ захватывать какую бы то ни было часть общиннаго имущества. Пословица говоритъ: „въ какое бы мѣсто ни повести корову, она всегда телится дома“. Какимъ бы образомъ ни обогатился членъ общины, онъ долженъ дѣлить свои барыши съ общиной. Кто бы оставилъ для себя одного продуктъ своего труда, тотъ былъ бы

возненавидимъ и прогнанъ изъ общины. Общая собственность это родъ талисмана для серба; украсть оттуда частицу все равно что „отрубить себѣ руку“. Слѣдовательно, на индивидуальную собственность народъ смотритъ неблагосклонно; она, такъ сказать, есть синонимъ безпорядка, потому что роковымъ образомъ порождаетъ раздѣлъ общинъ.

Тѣмъ не менѣе сербскій обычай знакомъ съ извѣстнымъ родомъ индивидуальной собственности; но это происходитъ отъ иноземныхъ вліяній. Точно также ее находятъ въ различныхъ странахъ, гдѣ трудно замѣтить послѣдствія такого вліянія. Въ Герцоговинѣ, напримѣръ и въ Черногоріи гораздо менѣе вещей, входящихъ въ составъ индивидуальной собственности, чѣмъ въ Австро-Венгріи. Въ Черногоріи недвижимость никогда не можетъ составлять индивидуальную собственность кого нибудь изъ членовъ общины; позволено оставлять въ свою пользу только добычу, полученную отъ сраженія,—оружіе непріятеля принадлежитъ побѣдителю. Точно также священникамъ позволено удерживать случайные подарки, которые имъ дѣлаютъ по случаю свадьбы, крестинъ или похоронъ, но они должны отдавать ежегодно въ общину ту сумму, которую они взимаютъ съ жителей, какъ жалованье. То, что членъ общины зарабатываетъ въ то время, когда нѣтъ работъ, принадлежитъ ему, точно также какъ и вещи, которыя онъ находитъ, и подарки, которые ему дѣлаютъ. Члены-купцы или ремесленники могутъ считать своею частною собственностью все, что они наживаютъ своей торговлей или ремесломъ. Равнымъ образомъ молодые люди, посвящающіе себя морскому дѣлу, имѣютъ право оставлять въ свою пользу всѣ выгоды своихъ морскихъ путешествій или экспедицій. Приданое женщины разсматривается, какъ ея частная собственность. Оно обыкновенно состоитъ изъ скота, платья, нарядовъ, и т. д. очень рѣдко изъ недвижимостей. Въ нѣкоторыхъ частяхъ Сербіи скотъ и недвижимость, входящіе въ составъ приданаго, находятся внѣ общины, въ рукахъ поселянина, который дѣлится съ женщиной жатвой и продуктами.

У болгаръ однѣ женщины имѣютъ право на индивидуальную собственность. Онѣ удерживаютъ въ этомъ смыслѣ по-

дарки, полученные отъ мужа въ день свадьбы, точно также какъ и наслѣдство своихъ родителей. Что касается приданаго, то оно, въ чемъ бы ни состояло, въ скотѣ-ли, недвижимости, или деньгахъ, поступаетъ въ общину; женщина можетъ взять его обратно только въ случаѣ раздѣла общины, не имѣя права требовать полученныхъ уже плодовъ.

У сербовъ очень распространено обыкновеніе посылать одного или нѣсколькихъ членовъ общины къ сосѣднему народу искать тамъ счастія. Если членъ общины проситъ начальника объ отпускѣ, то, прежде чѣмъ отправиться, онъ долженъ назначить кого нибудь на свое мѣсто; но если онъ посылается самой общиной, или если барыши отъ своего труда за границей не оставляетъ въ свою пользу, то онъ освобождается отъ этой обязанности. Точно также предпринимаютъ путешествіе въ чужія страны, когда нѣтъ никакой работы дома, или когда несчастіе заставляетъ нѣсколькихъ членовъ на время удалиться изъ отечества. Въ этомъ случаѣ прибыль всегда принадлежитъ общинѣ. Болгарскія семейства слѣдуютъ приблизительно тому же самому обычаю. Если есть два брата, то младшій обыкновенно отправляется искать работы внѣ дома.

Случается довольно часто, что члены общины находятся по цѣлымъ годамъ въ отсутствіи. Они занимаются торговлей и почти всегда скопляютъ небольшей капиталецъ. Должны-ли они по возвращеніи въ свою семью отдавать барыши въ общину, или могутъ считать ихъ своею индивидуальною собственностью? Кажется, что на счетъ этого не установилось общаго правила. Если членъ оставилъ семью по приказанію начальника, то все, что онъ пріобрѣлъ, принадлежитъ общей кассѣ. Но если отправился по своей собственной волѣ, то онъ ничего не долженъ общинѣ: онъ можетъ удержать свой барышъ. Общины иногда заключаютъ условія съ тѣми, которые отправляются на неопредѣленное время. Договоры этого рода рѣшаютъ вопросъ о барышахъ, но почти всегда членъ общины отдаетъ часть своей личной собственности общинѣ, особенно если послѣдняя бѣднѣе счастливаго эмигранта. Напротивъ, если община богата, она помогаетъ сво-

ему члену, когда онъ находится въ несчастномъ положеніи.

Членъ, находящійся въ отсутствіи никогда не теряетъ своихъ правъ на общинное имущество, хотя бы онъ провелъ даже нѣсколько лѣтъ внѣ дома. Въ случаѣ раздѣла онъ выдѣляетъ свою часть, но не изъ имущества, пріобрѣтеннаго во время его отсутствія, такъ какъ онъ не помогалъ его пріобрѣтенію. Венгерскіе сербы иногда отказываютъ члену общины въ его части, если онъ воввратился въ семейство, не принося ничего изъ своего заработка. Въ Герцеговинѣ его принимаютъ съ распростертыми объятіями, хотя бы онъ все потерялъ и былъ бѣденъ, ибо говорится: „Такъ хотѣлъ Богъ“. Въ Болгаріи возвращающійся домой не можетъ требовать никакого отчета относительно управленія общимъ имуществомъ, если онъ не отдаетъ начальнику заработанныхъ имъ денегъ. Въ трудные годы богатый и отсутствующій членъ никогда не преминетъ доставить своей общинѣ необходимое для ея существованія,—онъ не оставляетъ ее въ несчастіи, хотя бы казалось, что община не можетъ требовать этой помощи, какъ осуществленія своего права. Общинникъ только нравственно обязанъ поддерживать свое семейство и помогать ему своими средствами. Поэтому, когда положеніе общины улучшается и возвращается благоденствіе, общиннику отдаютъ все, что онъ доставилъ, иногда даже съ процентомъ. Въ Конавлѣ общинникъ, который бы отказался помочь семейству въ несчастіи, немедленно былъ бы исключенъ изъ общины. Подобные случаи рѣдки.

Милосердіе есть одна изъ характеристическихъ чертъ сербскаго народа. Нищему никогда не отказываютъ въ милостынѣ. Милостыня подается за спасеніе души и часто на поминовеніе дорогого умершаго или за благоденствіе родителей, братьевъ, сестеръ или дѣтей, которые еще находятся въ живыхъ. Подающій милостыню говоритъ себѣ: „Да поможетъ Богъ моему дорогому А...!“ или „Да помянетъ душу Х...!“. Никогда не отказываютъ въ милостынѣ тому, кто ее проситъ: „ Кто проситъ милостыню, хотя бы онъ и носилъ корону, долженъ получить.“ Это—правило сербскаго народа. На бѣдность онъ смотритъ, какъ на испытаніе Божіе.

Никогда ему не приходитъ въ голову вмѣнять ее человѣку въ вину. „Нищенскій посохъ и сума," говоритъ пословица, „происходятъ отъ Бога." Эти убѣжденія производятъ то, что въ Черногоріи община никогда не отдаетъ денегъ, которыя были ей даны однимъ изъ ея членовъ во время крайней бѣдности.

Между правами члена общины мы назвали право на пропитаніе и одежду отъ общины; но нѣтъ обязанности доставлять ему всякую одежду. Вообще община даетъ только головные уборы, обувь и теплое платье для зимы. Одни пастухи имѣютъ право на полную одежду. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Сербіи, община должна давать своимъ членамъ только праздничную одежду. Слѣдовательно, общинники сами покупаютъ себѣ одежду, все же необходимое для нихъ изготовляется дома. Женщины исполняютъ всю швейную работу для себя и для своихъ мужей, для дѣтей и братьевъ, покрайней мѣрѣ для неженатыхъ. Съ этою цѣлью община отводитъ женщинамъ вблизи дома нѣсколько десятинъ земли для воздѣлыванія пеньки и льна.

Въ Сирмійскомъ комитатѣ *) въ богатыхъ общинахъ существуетъ обычай дѣлить между членами чистую прибыль каждаго года, что доставляетъ имъ возможность самимъ покупать необходимую одежду. У болгаръ община доставляетъ своимъ членамъ все, что можетъ быть изготовлено дома.

До сихъ поръ мы говорили только объ обязанностяхъ и правахъ общины и мужчинъ, ея членовъ. Теперь остается сказать, каковы права и обязанности женщинъ и дѣвушекъ. Этотъ интересный очеркъ укажетъ, каково вообще положеніе женщины у сербовъ. Но для того что бы лучше изъяснить этотъ вопросъ, намъ слѣдовало бы познакомиться съ внутреннею жизнью семейства. Наши изслѣдованія будутъ достаточны для указанія, что сербъ умѣетъ цѣнить истинное достоинство женщины, и что онъ всегда готовъ ее защищать во всѣхъ обстоятельствахъ, которыя могутъ ей угро-

*) Въ восточной части Славоніи. *Примѣч. переводчика.*

жать. Безъ сомнѣнія сербскій народъ еще очень далекъ отъ эмансипаціи женщинъ въ томъ видѣ, въ какомъ стремятся къ ней нѣкоторые философы и политики запада; но если у сербовъ жена и подчинена мужу, то она никогда не унижается до положенія рабыни. „Домъ покоится на женѣ, а не на землѣ“, говоритъ пословица. Жена должна повиноваться своему мужу, потому что онъ представляетъ силу, потому что «тамъ, гдѣ веретено повелѣваетъ, а мечъ повинуется — дому грозитъ разрушеніе».—Нѣтъ ничего трогательнѣе отношеній брата къ сестрѣ. Этимъ отношеніямъ богатая сербская поэзія обязана своими прекраснѣйшими произведеніями.

Сербская женщина въ самомъ дѣлѣ сильно трудится; но ея тяжелую ношу облегчаютъ всякій разъ, когда это возможно. То, что превышаетъ ея силы, всегда исполняется мужчиной. Онъ одинъ обрабатываетъ поле, коситъ луга и молотитъ хлѣбъ; женщина помогаетъ ему только въ полевыхъ роботахъ.

Настоящее поприще ея дѣятельности внутри дома. Домашняя промышленность у Сербовъ производитъ косынки, шитье золотомъ и серебромъ, ковры и т. д. Какъ бы ни были просты эти произведенія, они находятся во многихъ большихъ городахъ Австро-Венгріи; можно видѣть и въ изящныхъ салонахъ эти прекрасные столовые ковры, называемые *cilim*, которые производятся сербскими крестьянками и продаются иногда очень дорого. Женщины также производятъ все необходимое для внутренняго хозяйства семьи. Онѣ дѣлаютъ мыло, свѣчи и даже снабжаютъ домъ самыми употребительными лѣкарствами. Эти различныя работы исполняются каждой по очереди. Однѣ остаются дома, другія отправляются въ поле. Кому что дѣлать, рѣшаетъ жребій.

Что касается до распредѣленія ручнаго труда, то каждая женщина работаетъ для своей семьи въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т.-е. для своего мужа и дѣтей, и, кромѣ того, въ свою очередь для неженатыхъ членовъ общины и для сиротъ. Въ общинѣ, которая сама сѣетъ и заготовляетъ ленъ,

трудъ распредѣленъ между женщинами, въ противномъ случаѣ каждая прядетъ для своей собственной семьи. Старухи-женщины и молодыя дѣвушки освобождены отъ слишкомъ трудныхъ работъ. Молодымъ дѣвушкамъ даютъ время для заготовленія приданаго или, если онѣ сироты, для того, чтобъ заработать небольшую сумму на покупку коровы. Каждая дѣвушка должна принести что нибудь своему жениху, поэтому она никогда не занимается хозяйствомъ.

За исключеніемъ той собственности, которая лично принадлежитъ женщинѣ, послѣдняя можетъ отчуждать только нѣкоторыя малоцѣнныя вещи, напримѣръ продавать молоко. Продукты ручнаго труда женщинъ, а именно часть домашней птицы, яицъ, иногда плодовъ и льна, которые онѣ собираютъ съ общинныхъ полей, принадлежатъ самимъ женщинамъ. Но въ Герцеговинѣ онѣ должны отдать отчетъ во всѣхъ барышахъ, которые получили отъ этой продажи. Въ Далмаціи дѣвушки, которыя собираютъ оливки, могутъ удерживать свой заработокъ, потому что къ нимъ относятся крайне снисходительно и, подобно самой хозяйкѣ дома, смотрятъ сквозь пальцы на ихъ тайную покупку различныхъ принадлежностей туалета. Жена, напротивъ, ничего не можетъ продать безъ вѣдома своего мужа и начальника дома.

Часто женщины составляютъ между собою небольшія общины подъ начальствомъ *domacic*'ы. Подобныя общества состоятъ главнымъ образомъ изъ сестеръ. Онѣ управляютъ имуществомъ, которое имъ было передано семейнымъ совѣтомъ. Продажа нѣкоторыхъ вещей, которыми можетъ распоряжаться хозяйка дома, поручается одной изъ членовъ этой маленькой общины, которая (т.-е. членъ) посѣщаетъ ярмарки и отдаетъ *domacic*'ѣ отчетъ въ своихъ барышахъ.

Что касается платья, то община, доставляетъ имъ, какъ и мужчинамъ, головные уборы, обувь и верхнее платье, которое большая часть изъ нихъ получаютъ отъ своихъ мужей. Другія принадлежности туалета женщина производитъ сама, а украшенія она покупаетъ на свои деньги.

Женщина, какъ мы сказали, можетъ имѣть свою индивидуальную собственность точно также, какъ и другіе члены

общины. Все, что подарятъ ей по случаю брака приглашенные на свадьбу, принадлежитъ ей, точно такъ же, какъ и родительское наслѣдство. Все что она зарабатываетъ своимъ трудомъ внѣ общины, тоже дѣлается ея исключительною собственностью, на которую община не имѣетъ никакого права, но она (женщина) заблаговременно должна испросить у начальника позволеніе отправиться искать счастья внѣ общины, когда работы приходятъ къ концу. Только въ бѣдныхъ общинахъ женщинамъ и молодымъ дѣвушкамъ приходится покидать отцовскій кровъ и тогда скорѣе дѣвушки, преимущественно сироты, отправляются на чужбину. Но очень часто случается, что женщины иной общины идутъ помогать своимъ сосѣдкамъ, когда прекратились работы въ ихъ собственномъ домѣ. Эта помощь дѣлается только по дружбѣ и безъ всякихъ корыстныхъ видовъ. Это дѣлается подъ условіемъ взаимности, какъ говорится въ народѣ.

Индивидуальная собственность дѣвушекъ состоитъ только въ приданомъ.

Бракъ дѣвушекъ обыкновенно заключается по старшинству, какъ и бракъ молодыхъ людей; но въ нѣкоторыхъ странахъ этотъ обычай уступаетъ каждый разъ, когда этого требуютъ интересы дѣвушки.

Дѣвушка, въ силу своего брака, становится членомъ общины своего мужа. Дѣлаясь вдовой, она все еще можетъ составлять часть общины; если же она предпочтетъ возвратиться къ своимъ родителямъ, что случается рѣдко, то она имѣетъ на это право. Возвращаясь къ своимъ родителямъ, она можетъ увести съ собою своихъ дѣтей, съ условіемъ, что они опять войдутъ въ общину своего отца, когда достигнутъ совершеннолѣтія. Если вдова покидаетъ общину своего мужа, то она теряетъ всѣ свои права на имущество общины. То же самое бываетъ, когда она вступаетъ во второй бракъ. Вдова рѣдко покидаетъ общину и жилище своего мужа, такъ какъ она была бы осыпана упреками. Однако же, если она очень еще молода и бездѣтна, и если не имѣетъ ни свекра, ни деверя, которые бы помогали ей въ трудныхъ работахъ или въ случаѣ нужды защищали ея честь, то она

возвращается къ своимъ родителямъ. Въ домѣ, который она покидаетъ, господствуетъ глубокій трауръ, и отъѣздъ такъ же огорчителенъ для общины, какъ и смерть ея мужа.

Вдовы очень рѣдко вступаютъ во второй бракъ, ибо вѣрность супруги почти всегда продолжается и послѣ смерти мужа, и сербы смотрятъ на второй бракъ, какъ на родъ оскорбленія, нанесеннаго умершему мужу. Но все таки иногда оправдываютъ новый бракъ и даже община беретъ тогда на себя въ нѣкоторыхъ случаяхъ расходы по сговору. Но второй бракъ обыкновенно не отличается ни пышностью, ни шумностью. Даютъ простой обѣдъ, на которомъ присутствуетъ очень мало гостей, и не дѣлаютъ никакихъ подарковъ. Вступающая въ бракъ уноситъ съ собою только то что ей принадлежитъ или, если у нея ничего нѣтъ, ей даютъ самыя необходимыя вещи, такъ какъ никогда не случается, чтобы вдова выходила замужъ за бывшаго сообщинника своего мужа. Прежде всего католическая и православная церкви запрещаютъ подобный бракъ по причинѣ родства, а въ очень большой общинѣ, гдѣ бы не существовало этого препятствія къ браку, супруги не были бы терпимы въ общинѣ. Мужу отдали бы его часть общаго имущества, и онъ долженъ бы былъ немедленно удалиться изъ общины.

Еще нѣсколько словъ о слугахъ и ихъ положеніи въ общинѣ. Обращеніе съ прислугой не только гуманно, но даже почти фамильярно. Они не имѣютъ никакого права на семейное имущество, такъ какъ никогда не бываютъ настоящими членами общины. Не смотря на это, заботятся объ ихъ матеріальномъ и нравственномъ благосостояніи, какъ бы они въ самомъ дѣлѣ составляли часть общины. Мужская прислуга подчинена начальнику дома, а женская — *domaćic'*ѣ, но остальные члены, а особенно молодые люди, стоятъ почти на одномъ съ ними уровнѣ.

Слуги нанимаются весной и почти всегда на одинъ годъ. Община даетъ имъ пропитаніе и одежду. Денежное вознагражденіе рѣдко, особенно въ первый годъ службы; но оно встрѣчается. Въ концѣ года слуга не получаетъ увольненія и если онъ хочетъ остаться въ домѣ, то размѣръ его жа-

лованья опредѣляется и рѣшается другими слугами, собранными для этой цѣли начальникомъ семьи. Денежная плата весьма незначительна; она колеблется, смотря по мѣстности, между 25, 35 и 40 флоринами въ годъ. Въ Болгаріи, въ городахъ, жалованье простирается отъ 200 до 1200 грошей (groschen). Главная часть жалованья всегда дается натурой. Служанка, которая остается въ домѣ болѣе года и поведеніе которой безупречно, обыкновенно получаетъ въ награду телушку. Слуги отдаютъ сбереженныя деньги въ руки начальника семьи или отсылаютъ ихъ къ своему отцу, а то, что они заслужили, идетъ на покрытіе издержекъ по ихъ свадьбѣ. Служанки выходящія замужъ, получаютъ отъ общины въ подарокъ 6 до 12 флориновъ. Когда женится слуга, то онъ возвращается къ своему отцу. Его отъѣздъ изъ семьи, въ которой онъ служилъ, иногда очень трогателенъ, и отношенія между его родителями и общиной остаются на столько задушевны и дружественны, какъ между двумя близкими родственниками.

Очень рѣдко случается, что слуга женится на дѣвушкѣ изъ общины, въ которой онъ служитъ, или что членъ общины беретъ въ супруги служанку. Такіе браки замѣчаются только въ малыхъ и бѣдныхъ общинахъ, которыя клонятся къ упадку и въ которыхъ находится дѣвушка, единственная наслѣдница. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ слуга, единственный женихъ, который можетъ представиться, долженъ принять фамилію древней общины.

(*Продолженіе слѣдуетъ*).

СОВРЕМЕННЫЙ ОТДѢЛЪ

МНѢНІЕ ПО ВОПРОСУ

О ДУХОВНО-СУДЕБНОЙ РЕФОРМѢ.

Всякая реформа существующаго въ обществѣ порядка и замѣна его новымъ можетъ быть допущена только при двухъ существенныхъ условіяхъ: А) подъ условіемъ убѣжденія въ томъ, что существующій порядокъ несостоятеленъ и заключаетъ въ себѣ существенные недостатки, и В) что предполагаемая реформа его устранитъ эти недостатки и будетъ вполнѣ сообразна со свойствомъ извѣстныхъ правоотношеній.

А) Какія же доказательства того, что дѣйствующій въ православной русской церкви порядокъ суда несостоятеленъ, и какіе въ немъ существенные недостатки?

I. Несостоятельность и существенный недостатокъ этого суда усматриваютъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что при немъ *административная и судебная власть* соединяются въ однихъ и тѣхъ же лицахъ и учрежденіяхъ,—именно въ лицѣ архіереевъ и духовныхъ консисторій; но эти двѣ власти необходимо должны быть отдѣлены одна отъ другой. Принципъ отдѣленія одной отъ другой административной и судебной власти выработанъ уже новѣйшею юриспруденціею и проведенъ въ позднѣйшихъ свѣтскихъ законахъ, установившихъ новый порядокъ суда. Основаніемъ и поводомъ къ этому было сознаніе необходимости, доставить органамъ судебной власти самостоятельность и независимость и устранить вліяніе произвола административной власти

на судѣ. Нельзя отрицать того, что практика прежнихъ свѣтскихъ судовъ представляетъ не мало примѣровъ произвола и вреднаго вліянія на ихъ приговоры административной власти вслѣдствіе подчиненія ей и зависимости отъ нея, или вслѣдствіе сліянія административной и судебной власти въ однихъ и тѣхъ же лицахъ. Были случаи вліянія произвола и духовно-судебной административной власти на духовный судъ.

Но, несмотря на это, у духовной административной власти отнять власть и право суда никакъ нельзя. И вотъ на то основанія: 1) Власть, право и даже обязанность судить заключается въ самомъ существѣ и призваніи церковной административной власти. Именно въ самомъ существѣ и призваніи ея заключается необходимое право и непремѣнная обязанность надзирать надъ соблюденіемъ уставовъ и правилъ церкви, наставлять членовъ ея, увѣщавать ихъ, обличать нарушителей ея правилъ и постановленій, подвергать ихъ церковнымъ взысканіямъ и карѣ, запрещать даже отлучать отъ общенія съ церковію. Ученіе и заповѣди самого Спасителя, заповѣди и примѣры Апостоловъ и практика временъ апостольскихъ и послѣдующихъ прямо и ясно установляютъ и подтверждаютъ это право и обязанность предстоятелей церкви во всей полнотѣ ихъ. *Идите, научите всѣ народы..., уча ихъ соблюдать все, что Я заповѣдалъ вамъ* (Матѳ. 28, 19—20),—вотъ заповѣдь, данная Спасителемъ Апостоламъ, а въ лицѣ ихъ и всѣмъ преемникамъ ихъ. Но развѣ можно научать соблюденію всего заповѣданнаго Спасителемъ, и не быть судьями жизни и поступковъ поучаемыхъ? *Внимайте себѣ и всему стаду*, говоритъ Апостолъ пастырямъ ефесскимъ, *въ немъ же васъ Духъ Святый постави епископы, пасти церковь Господа и Бога юже стяжа кровію своею* (Дѣян. 20, 28). Но развѣ можно быть пастыремъ словеснаго стада, и не пасти пасомыхъ, не слѣдить за ними, въ особенности не преслѣдовать и не возвращать заблуждающихся? *Проповѣдуй слово, настой во время и не во время, обличай, запрещай, увѣщавай со всякимъ домотерпѣніемъ и назиданіемъ* (2 Тим. 4, 2)—вотъ типъ епископа, который апостолъ Павелъ начертываетъ для Тимоѳея и въ лицѣ его для всѣхъ епископовъ. Но какимъ образомъ можетъ быть не судьею тотъ, все призваніе котораго состоитъ въ томъ, чтобы научать, безпрестанно настаивать, обличать, увѣщавать, даже запрещать? Однимъ словомъ, власть епископовъ судить и осуждать всѣ дѣя-

нія, направленныя противъ вѣры и церкви, къ погибели ввѣренныхъ имъ душъ, сама собою вытекаетъ изъ ихъ положенія и призванія. Призванные къ надзору за благоустройствомъ церкви, къ управленію ею и къ тому, чтобы вести христіанъ къ спасенію, они измѣнятъ своему долгу, существу и призванію, если не станутъ судить и осуждать все, что губитъ души. И такъ, или уничтожьте епископовъ, или оставьте ихъ тѣмъ, чѣмъ они должны быть по самому существу своему и по призванію Господа Іисуса, по заповѣдямъ Апостоловъ, по правиламъ и канонамъ церкви.

2) Власть суда должна быть у духовной административной власти—*по самому свойству ея суда, и по насущной потребности такого суда.* По заповѣди самого Спасителя установляется въ церкви напередъ судъ съ глазу на глазъ, судъ усовѣщивающій и обличающій. *Если,* повелѣлъ Онъ, *согрѣшитъ противъ тебя братъ твой; пойди, и обличи его между тобою и имъ однимъ* (Матѳ. 18, 15). По заповѣди Апостола, данной епископу Тимоѳею, судъ епископа долженъ быть также усовѣщивающимъ, назидающимъ, примиряющимъ, обличающимъ. Какъ сообразенъ такой судъ съ душевными потребностями членовъ Христовой церкви, тому есть множество доказательствъ и примѣровъ изъ жизни ихъ. Сколько мужей и женъ, отцевъ и матерей и другихъ лицъ сами собою прибѣгали и прибѣгаютъ къ суду архіерейскому испрашивая разрѣшенія ихъ столкновеній между собою и примиренія съ своею совѣстію и церковію! Для такихъ людей вовсе не годится судъ свѣтскій, формальный, безучастный, холодный, открытый и публичный. Для нихъ нуженъ судъ усовѣщивающій исправляющій, примиряющій, облегчающій совѣсть и душу, судъ сокровенный, подобный исповѣди, судъ такого судьи, которому можно открыть всю душу и повѣдать-повѣрить всѣ тайны, повѣдать самыя интимныя дѣла и получить отъ него совѣтъ и назиданіе, облегченіе и утѣшеніе, увѣщаніе и исправленіе. Насущная потребность въ такомъ судѣ открыто и ясно сознана и въ общемъ дѣйствующемъ у насъ законѣ о судѣ, который приняли образцомъ для себя проектирующіе новый духовный судъ, съ уничтоженіемъ суда епископовъ. То внутреннее убѣжденіе, которое наши судебные уставы положили въ основаніе судебныхъ приговоровъ, тотъ судъ съ присяжными, который введенъ ими, та присяга, которую они требуютъ отъ присяжныхъ при началѣ ихъ сессіи, повтореніе которой приз-

наютъ необходимымъ при каждомъ отдѣльномъ дѣлѣ, надъ которымъ они должны дать свой судъ и приговоръ, есть убѣдительнѣйшее доказательство и выраженіе того, что только совѣсть и религія могутъ быть приняты поручителями за судъ правый и честный. Какъ же послѣ этого отречься отъ суда предстоятелей церкви, учителей вѣры и пастырей нашихъ душъ?

3) *Самое свойство многихъ поступковъ и проступковъ* требуетъ именно такого суда, каковъ судъ предстоятелей церкви. а) Есть цѣлый рядъ поступковъ и проступковъ, для суда надъ которыми не можетъ быть лучше, приличнѣе и желательнѣе никакого другаго суда, кромѣ суда епископовъ. Это всѣ тѣ поступки и проступки, которыми въ особенности затрогиваются религія и церковь, совѣсть и чистота нравовъ, и которые требуютъ суда въ духѣ религіи, по совѣсти и правдѣ, суда, дѣйствующаго прямо на совѣсть и сердце. Убѣдительное доказательство на это найдемъ въ каталогѣ проступковъ и преступленій подлежавшихъ суду церкви въ тѣ времена когда религія и церковь, совѣсть и нравственность стояли выше всего. Такъ, по законамъ первыхъ христіанскихъ императоровъ Рима и Греціи, и по уставамъ великихъ князей и государей русскихъ, епископамъ были подвѣдомы даже дѣла, подлежащія гражданскому суду, напримѣръ: завѣдываніе мѣрами и вѣсами, надзоръ надъ правильностью торговли чтобы она производилась безъ отягощенія бѣдныхъ и нуждающихся, дѣла благотворительности, дѣла по защитѣ угнетаемыхъ лицъ, дѣла брачныя, опека и попечительство, затѣмъ дѣла союза родителей и дѣтей, преступленія противъ вѣры, нарушенія чистоты нравовъ, многія изъ преступленій противъ личности и собственности другихъ, напримѣръ: смертоубійство, обиды, зажигательство. Можно согласиться съ тѣмъ, что религіозное чувство, господствовавшее въ первыя времена христіанства у другихъ народовъ и у насъ, и благоговѣніе къ сану святителей церкви, въ соединеніи съ другими причинами, слишкомъ уже расширили область дѣлъ, подлежавшихъ церковному суду; но нельзя отрицать того, что въ числѣ ихъ есть такія, для которыхъ дѣйствительно не годится никакой свѣтскій судъ, а только судъ архіерейскій. Таковы многія преступленія противъ вѣры и церкви, противъ чистоты нравовъ, противъ святости семейственнаго союза, проступки невѣдѣнія и нечаянности, словомъ— всѣ тѣ паденія, къ которымъ неудобопримѣнимы формы откры-

таго суда и вообще нейдетъ формальный судъ, и которыя требуютъ сокровеннаго суда и исправленія и очищенія совѣсти дѣйствіемъ и судомъ архіерея, какъ архипастыря и духовнаго отца всей его паствы... Но б) кромѣ этихъ общихъ дѣлъ и проступковъ, для которыхъ не можетъ быть другаго суда, кромѣ архіерейскаго, для которыхъ онъ, какъ говорятъ, единственно *компетентенъ*. Это дѣла, касающіяся клириковъ и ихъ проступковъ. Судебная власть надъ ними отъ начала была въ рукахъ Апостоловъ и ихъ преемниковъ, епископовъ. Апостолъ Павелъ (1 Тим. 1, 19—20) прямо и открыто выражаетъ какъ общеизвѣстный фактъ, что епископъ есть именно та власть, въ которой идетъ обвиненіе на пресвитера и клириковъ. Въ самомъ дѣлѣ и немыслимо, чтобы паденія клириковъ и нарушенія ими обязанностей ихъ званія оставались безъ суда и взысканія архіереевъ, и чтобы они подлежали какому-либо другому суду. Кому можетъ придти на мысль судною властію надъ служителями церкви облечь кого-либо другаго, а не того, кто правитъ и долженъ править церковію, кто несетъ на себѣ отвѣтственность за все состояніе церковной жизни во ввѣренной ему паствѣ—и не на землѣ только, но и на небѣ? Изъятіе лицъ духовнаго сана изъ подсудности суду архіереевъ и уничтоженіе суда епископовъ надъ ними отняло бы у епископовъ возможность управлять подчиненными имъ духовными лицами, вникать въ нравственное состояніе служителей церкви и таинствъ, предотвращать и премѣнять недостойныхъ, поступки ихъ усовѣщивать и исправлять заблуждающихся между ними, обличать, и, въ случаѣ нужды, запрещать имъ, словомъ безъ права архіереевъ на судъ, невозможно имъ пасти церковь Господа и Бога.

4) Не только свойство извѣстныхъ преступленій, но и *свойство карательныхъ церковныхъ мѣръ* обнаруживаетъ необходимость соединенія въ церкви судебной власти съ административною. Къ нимъ принадлежатъ разнаго рода эпитиміи, отлученіе отъ церкви, запрещенія, ограниченія въ церковныхъ должностяхъ, удаленіе отъ нихъ и лишеніе ихъ. Какъ мѣры, направленныя къ исправленію и очищенію совѣсти, онѣ должны исходить непосредственно изъ духовнаго, исправительнаго суда архіерея, какъ духовнаго отца всей подчиненной ему паствы. Что касается въ особенности ограниченій въ церковныхъ должностяхъ и лишенія ихъ, то ни собраніе пресвитеровъ, ни об-

щина, никакая бы то ни было свѣтская власть, не имѣютъ и не могутъ имѣть права налагать ихъ. Одни только епископы, по преемству отъ Апостоловъ, преподаютъ эти должности; слѣдовательно отъ нихъ только можетъ и должно исходить всякое ограниченіе въ нихъ, удаленіе отъ нихъ и лишеніе ихъ.

5) Полезное и, пожалуй, необходимое отдѣленіе административной власти отъ судебной въ свѣтскихъ судахъ неприменимо къ духовнымъ судамъ *по самому свойству свѣтской и духовной административной власти.* Онѣ по *свойству* своему совершенно различны. Свѣтская административная власть есть власть начальника надъ подчиненными; духовная есть власть архипастыря надъ пасомыми: первая есть власть надъ чужими, вторая— власть отца надъ дѣтьми; первая есть власть внѣшняя, вторая внутренняя, духовная; первая почти безотвѣтственная, вторая съ страшною отвѣтственностію передъ Богомъ за души, за спасеніе и погибель ввѣренныхъ ей душъ первая основана на господствѣ и силѣ, вторая на совѣсти и религіи. Судъ свѣтской административной власти отзывается обыкновенно или равнодушіемъ и безучастіемъ, или напряженностію и т. п. порывами; судъ церковной административной власти долженъ быть проникнутъ христіанскимъ соболѣзнованіемъ, снисходительностію къ повинному и кающемуся грѣшнику, долготерпѣніемъ, назиданіемъ, кроткимъ обличеніемъ, увѣщаніемъ и исправительнымъ направленіемъ. Отъ этого приговоры этой послѣдней власти остаются, большею частію, тайными для другихъ, тогда какъ приговоры свѣтской административной власти идутъ въ огласку, первые излагаются въ болѣе или менѣе ясныхъ протоколахъ, послѣдніе нерѣдко не записываются ни въ какіе журналы. Сколько духовныхъ и свѣтскихъ лицъ за ихъ нарушенія законовъ и правилъ церкви, за ихъ преступленія противъ вѣры и чистоты нравовъ подверлись неизвѣстнымъ никому взысканіямъ и эпитиміямъ по одному словесному приговору архіереевъ! Были примѣры пожизненнаго запрещенія, наложеннаго архіереями втайнѣ на падшихъ пастырей. Почему и за что? Объ этомъ зналъ только осудившій и осужденный. Одинъ не открывалъ никому вины этого; другой во всю жизнь свою не заявлялъ никому жалобы на это. Итакъ понятно, что судъ архіерейскій вовсе не судъ губернаторскій и т. п. административныхъ властей. b) Что касается того про-

извола, котораго такъ опасаются отъ соединенія въ лицѣ предстоятелей церкви административной и судебной власти, призракъ котораго не даетъ видѣть существенной необходимости соединенія въ нихъ той и другой, то онъ ни мало не страшенъ. Правда, архіерей можетъ за одно и то же дѣяніе взыскать съ одного строго, съ другаго легче, а иного оставить вовсе безъ взысканія; но это произволъ утѣшительный, цѣлительный. Нельзя же назвать произвольнымъ рецептъ врача, который въ одной и той же болѣзни прописываетъ разнымъ больнымъ одному одинъ, другому два, а третьему три грана одного и того же лѣкарства, или даже каждому изъ нихъ неодинаковое лѣкарство. Позднѣйшіе наши свѣтскіе законы, установившіе новый порядокъ суда, безъ всякаго опасенія какого-либо произвола, не усомнились предоставить судьямъ, рѣшать вопросъ о винѣ или невинности подсудимыхъ по внутреннему своему убѣжденію. Какъ же можно отвергнуть судъ архіереевъ потому, что онъ, по преимуществу, есть судъ по внутреннему убѣжденію? Развѣ архіерейскій судъ по совѣсти и внутреннему убѣжденію заключаетъ въ себѣ болѣе опасности и простора для произвола, нежели судъ мировыхъ судей, судей окружнаго суда и судебной палаты и присяжныхъ засѣдателей. Развѣ священный архіерейскій санъ, званіе архипастыря и высшаго духовнаго отца всей епархіальной паствы не представляютъ гарантіи за тѣ нравственныя качества, какія требуются отъ судей и какія усмотрѣны въ нынѣшнихъ свѣтскихъ судьяхъ, отъ чего и предоставлено имъ, рѣшать дѣла по внутреннему ихъ убѣжденію? Развѣ можно и должно непремѣнно предполагать въ представителяхъ высшей церковной власти непрестанное проявленіе людскихъ страстей, вражды, пристрастія и т. п. Сознаемся лучше, что доктрина: вѣрь въ добросовѣстный и честный судъ свѣтскихъ судей и не вѣрь въ добросовѣстность и честность суда архіереевъ есть одна изъ самыхъ легкомысленныхъ и необдуманныхъ, чтобы не сказать о ней чего-либо болѣе. Не будемъ оспаривать того, что на томъ и другомъ судѣ возможенъ произволъ, но изъ-за возможныхъ злоупотребленій и недостатковъ нельзя ниспровергать то, что само въ себѣ, по самому существу своему и источнику высоко и священно. Вмѣсто того, чтобы ломать и ниспровергать судъ, основанный на заповѣди самого Спасителя на правилахъ апостольскихъ и вселенскихъ соборовъ, на многовѣковой церковной практикѣ, вмѣсто того, чтобы въ отмѣну

суда епископовъ, принявшихъ власть суда отъ Господа Іисуса черезъ преемство отъ апостоловъ, придумывать коллегію судей по выбору людскому и строить многосложную и дорогую процедуру съ открытымъ, негоднымъ для духовно-судебныхъ дѣлъ судопроизводствомъ,—вмѣсто всего этого было бы гораздо проще и достойнѣе предмета, пріискать только мѣры противъ произвола и злоупотребленій, какія могутъ быть въ настоящемъ духовномъ судѣ. Но кажется, что нѣтъ даже и нужды трудиться надъ пріисканіемъ этихъ мѣръ; онѣ имѣются и теперь. Настоящая зависимость клириковъ отъ административной и судебной власти архіереевъ вовсе не безправна и не безъ надлежащей гарантіи противъ произвола и несправедливыхъ приговоровъ ихъ. Для этого имѣется и теперь простое, обыкновенно употребляемое противъ судебнаго произвола средство—это аппелляція на приговоры архіереевъ въ Св. Сунодъ. Напрасно думаютъ найти гарантію противъ этого произвола въ коллегіальномъ устройствѣ и составѣ духовныхъ судовъ съ выборными судьями изъ священниковъ. Развѣ можно поручиться за то, что это будетъ судъ, недоступный уже никакому произволу? Скажемъ въ заключеніе: Боже избави, если подъ этимъ проектомъ отдѣленія въ церкви административной власти отъ судебной кроется затаенное намѣреніе подорвать и разрушить спасительный во многихъ отношеніяхъ авторитетъ церковной власти и ввесть полную свободу и независимость въ жизни клириковъ.

II. Другой существенный недостатокъ дѣйствующаго порядка суда въ нашей церкви находятъ въ томъ, что духовнымъ лицамъ, въ особенности епископамъ, не свойственна *свѣтская власть*, какова власть судебная. Самъ Великій Архіерей Іисусъ Христосъ открыто и ясно училъ, что *царство* Его *не отъ міра сего* (Іоан. 18, 36), и всегда отвергалъ внѣшнюю мірскую власть, когда люди хотѣли присвоить Ему ее (Іоан. 6, 15). Но люди, во время земной жизни Спасителя, хотѣли имѣть Его царемъ земнымъ, и Спаситель вразумлялъ ихъ, что царство Его не отъ міра сего, то-есть, что Онъ пришелъ въ міръ не для того, чтобы занять царскіе престолы міра, управлять подданными земныхъ царствъ, издавать законы, заправлять внѣшними отношеніями ихъ и пользоваться всѣми преимуществами и прерогативами земной царской власти. Кто же не понимаетъ этого? Но тотъ вовсе не понимаетъ сказанныхъ Спасителемъ словъ, кто выводитъ изъ нихъ то заключеніе, что для Спасителя и Его

церкви совершенно безразлично все, что ни дѣлается въ земномъ христіанскомъ мірѣ; что всѣ беззаконія и поступки, которыми оскорбляется чистота вѣры и неприкосновенность церкви, чистота и святость христіанской жизни, для верховнаго Пастыреначальника и поставленныхъ Имъ пастырей не должны имѣть никакого значенія. Такое истолкованіе словъ Спасителя въ высшей степени антихристіанское.

2) Былъ, правда, случай, на который съ торжествомъ указываютъ противники духовно-судебной власти, что Спаситель Самъ отклонилъ отъ себя просьбу одного человѣка, который просилъ Его, чтобы Онъ повелѣлъ брату его, раздѣлить съ нимъ наслѣдство. *Кто поставилъ Меня судьею или дѣлителемъ надъ вами* (Лук. 12, 14)?—сказалъ Спаситель просившему. Но лукаво мыслятъ тѣ, которые истолковываютъ эти слова Спасителя, какъ доказательство того, что и Онъ не усвоялъ Себѣ на землѣ власти судить, и что поэтому не могло быть и нѣтъ этой власти у Его Апостоловъ и ихъ преемниковъ. Въ этихъ словахъ Спасителя выражена только та мысль, что Онъ пришелъ въ міръ не для суда мелкихъ мірскихъ дѣлъ, не для того, чтобы ходить по еврейскимъ синедріонамъ и судамъ и разбирать жалобы и тяжбы людскія. Но *Судія всей земли* неужели въ самомъ дѣлѣ не могъ творить суда на землѣ (Быт. 18, 25)? Не Онъ ли, еще живя на землѣ, произнесъ слово осужденія, сказавъ Апостоламъ: *отраднѣе будетъ земли Содомской и Гоморской въ день суда, нежели городу тому*, который *не приметъ васъ*, посланныхъ Мною (Матѳ. 10, 15. 14). Не Онъ ли произнесъ судъ надъ нѣкоторыми городами за ихъ беззаконія: *Горе тебѣ, Хоразинъ! Горе тебѣ, Виѳсаида! Тиру и Сидону отраднѣе будетъ въ день суда, нежели вамъ. И ты, Капернаумъ, до неба вознесшійся, до ада низвергнешься* (Матѳ. 11, 20—23). Не Онъ ли изрекъ грозный приговоръ на книжниковъ и фарисеевъ: *Горе вамъ, книжники и фарисеи! да пріидетъ на васъ вся кровь праведная, пролитая на землѣ, отъ крови Авеля праведнаго до крови Захаріи, сына Варахіина, котораго вы убили между храмомъ и жертвенникомъ. Истинно говорю вамъ, что все сіе придетъ на родъ сей* (Матѳ. 22, 35—36)? Не Онъ ли изрекъ приговоръ и Самъ привелъ его въ исполненіе надъ торжниками во храмѣ, изгнавъ изъ него тѣхъ, которые превратили домъ Отца Его изъ дома молитвы въ домъ купли и продажи (Іоан. 2, 14)? Былъ нѣкогда грозный судъ и страшный приговоръ Спасителя и надъ цѣлымъ

Іерусалимомъ: *Іерусалимъ, Іерусалимъ, избивающій пророковъ, и камнями побивающій посланныхъ къ тебѣ!...—вотъ оставляется вамъ домъ вашъ пустъ* (Матѳ. 23, 37—38). Приговоръ этотъ донынѣ совершается въ нашею очію. Довольно, впрочемъ, будетъ и того, если мы вспомнимъ, что нѣтъ власти, которая была бы не отъ Бога, и что Богомъ царствуютъ цари и господствуютъ сильные, чтобы признать въ Богочеловѣкѣ власть суда на землѣ, какъ и на небѣ. Да и кто станетъ отрицать принадлежность судебной власти и земнымъ царямъ по тому поводу, что они сами не судятъ никого?

3) Сверхъ этого и то легко доказать, что судебная власть церкви и ея предстоятелей вовсе не есть свѣтская власть; напротивъ, она по самому источнику и происхожденію ея, по составу, предмету и послѣдствіямъ есть власть духовная и церковная. По происхожденію своему власть суда Апостоловъ и ихъ преемниковъ дарована самимъ Спасителемъ и вовсе не дана какою-либо другою властію. По составу своему она заключала въ себѣ изначала и заключаетъ власть вязать и разрѣшать не только грѣхи, но и все,—простирающуюся до того, что связанное на землѣ будетъ связано и на небесахъ и разрѣшенное на землѣ будетъ разрѣшено и на небесахъ (Матѳ. 18, 18). Поэтому приговоръ судебной власти въ церкви не просто человѣческій, но онъ будетъ имѣть силу и предъ престоломъ Божіимъ. Слѣдовательно, судебная власть церкви вовсе не есть установленіе только внѣшнее, необходимое для внѣшняго порядка въ обществѣ вѣрующихъ, но установленіе духовное, священное и таинственное, свойственное церкви, а не міру. Наконецъ, для убѣжденія въ этомъ и сознанія различія суда церкви отъ свѣтскихъ судовъ, достаточно взглянуть на свойство тѣхъ дѣяній и проступковъ, которые составляютъ по преимуществу предметъ суда церкви, и на свойство церковныхъ, карательныхъ мѣръ. Предметъ суда церкви составляютъ преступленія противъ истины христіанскаго ученія, противъ святости и святыни храмовъ, преступленія противъ чистоты нравовъ, преступленія служителей церкви противъ обязанностей ихъ званія. Все это такія преступленія, источникъ и основаніе преступности которыхъ заключается въ особенномъ внутреннемъ характерѣ какъ въ противорелигіозномъ и безнравственномъ настроеніи виновниковъ ихъ. Съ другой стороны, карательныя мѣры церкви — эпитиміи, отлученіе отъ общенія съ церковію, запрещенія, осо-

быя наказанія, налагаемыя на клириковъ, каково, напримѣръ, лишеніе сана, какъ мѣры, направленныя къ исправленію виновныхъ и къ сохраненію церкви въ христіанской чистотѣ, совершенно различны отъ карательныхъ мѣръ свѣтскихъ судовъ, которыя всѣ сосредоточиваются въ ограниченіи или лишеніи только внѣшнихъ благъ нарушителей. Итакъ судъ церкви, хотя съ одной стороны и есть установленіе внѣшнее, но въ то же время ни мало не тождественное съ судами міра и со свѣтскою судебною властію. Вовсе не о свѣтской власти, поэтому, идетъ дѣло, когда церкви приписывается судебная власть.

III. Въ упрекъ настоящему устройству и порядку духовнаго суда ставятъ еще нѣкоторые частные недостатки. Къ этимъ недостаткамъ относятъ принятіе въ немъ обряды и формы дѣлопроизводства, примѣненіе старой теоріи законныхъ или формальныхъ доказательствъ и т. п. Указывая на эти и тому подобные недостатки заключаютъ, что устранить ихъ не иначе возможно, какъ чрезъ коренное преобразованіе духовно-судебной части. Такое машистое заключеніе совершенно походитъ на то, какъ еслибы кто ради исправленія нѣкоторыхъ частей въ каменномъ зданіи приговорилъ все это зданіе къ сломкѣ и съ основаніемъ. Никто не станетъ пререкать исправленію тѣхъ или другихъ дознанныхъ недостатковъ въ устройствѣ духовныхъ судовъ и судопроизводствѣ въ нихъ. Измѣните негодные обряды и формы дѣлопроизводства въ нихъ; вмѣсто устарѣвшей теоріи формальныхъ доказательствъ введите два извѣстныя, коренныя начала, которыя положены въ основаніе приговоровъ нынѣшнихъ свѣтскихъ судей, т.-е. что судья долженъ опредѣлять по убѣжденію совѣсти значеніе и силу доказательствъ, что вину или невинность подсудимаго онъ долженъ опредѣлять по внутреннему своему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла,—противъ этого не будутъ ни заповѣди Спасителя, ни апостольскія правила, ни постановленія Вселенскихъ Соборовъ. Судъ по убѣжденію и совѣсти есть исконный судъ въ церкви, вполнѣ согласный съ ея ученіемъ и правилами, съ значеніемъ, саномъ и призваніемъ предстоятелей церкви. Но по причинѣ нѣкоторыхъ недостатковъ не ниспровергайте весь этотъ судъ для того, чтобы сдѣлать изъ него судъ, точь-въ-точь похожій на нынѣшніе свѣтскіе суды. Сверхъ этого должно замѣтить еще и то, что вышеуказанные недостатки нимало не заключаются въ существѣ

настоящаго духовнаго суда, а должны быть отнесены къ законамъ, установившимъ существующіе формы дѣлопроизводства и осуждаемую теорію формальныхъ доказательствъ. Никакіе суды не могутъ сами собою отвергать и измѣнять то, что дано и установлено закономъ.

Не признавая въ дѣйствующемъ порядкѣ нашего духовнаго суда тѣхъ недостатковъ, которые приписываются ему, мы не можемъ, съ другой стороны, не убѣдиться въ томъ, что проектируемая реформа его не только не принесетъ съ собою усовершенствованій духовнаго суда, но и что она несостоятельна со стороны канонической, соціальной, исторической, практической, нравственной и юридической.

1. *Въ каноническомъ отношеніи* реформа эта не можетъ быть допущена потому, что она ниспровергаетъ установленіе самого Господа Іисуса Христа. Власть вязать и рѣшить, или власть суда дарована Апостоламъ и ихъ преемникамъ епископамъ самимъ Спасителемъ. *Если*, повелѣлъ Онъ, *согрѣшитъ противъ тебя братъ твой; пойди, и обличи его между тобою и имъ однимъ. Если послушаетъ тебя, то пріобрѣлъ ты брата твоего. Если же не послушаетъ, возьми съ собою еще одного или двоихъ, дабы устами двухъ или трехъ свидѣтелей подтвердилось всякое слово. Если же не послушаетъ ихъ, то скажи церкви; а если и церковь не послушаетъ, то да будетъ онъ тебѣ какъ язычникъ и мытарь. Истинно говорю вамъ, что* все, *что вы свяжете на землѣ, будетъ связано и на небеси; и* все, *что разрѣшите на землѣ, будетъ разрѣшено и на небеси* (Матѳ. 18, 15. 18). Итакъ, не земная власть, но самъ Господь и Спаситель нашъ Іисусъ Христосъ далъ Апостоламъ власть вязать и разрѣшать все на землѣ. Напрасно нѣкоторые искажаютъ значеніе и смыслъ этой власти, ограничивая ее только властію чисто-духовною, или властію вязать и разрѣшать только грѣхи и подчиняя ей только дѣла совѣсти. Въ заповѣди Спасителя говорится не объ одномъ судѣ совѣсти, судѣ надъ внутренними помыслами и грѣхами, не о тайномъ грѣхѣ, но о *дѣяніи* противъ брата, указывается вся постепенность суда, всѣ части и принадлежности его: обвинитель, обвиняемый, свидѣтели, судебныя рѣчи, приговоръ и исполненіе его. Сверхъ этого ограничивать область суда, данную церкви Спасителемъ, только грѣховными мыслями, чувствованіями и желаніями человѣка, значило бы дать судъ ей надъ тѣмъ, чего никто не знаетъ, только *духъ человѣка, сущій въ*

немъ (1 Кор. 2, 11). Какъ и кто можетъ знать, что кто-либо согрѣшилъ противъ него мыслями, чувствованіями и желаніями и за это обличать его наединѣ призывать къ свидѣтелямъ, даже вести на судъ ко всей церкви? Нѣтъ, *елика* свяжете и *елика* разрѣшите изреченное Господомъ дало Апостоламъ и ихъ преемникамъ епископамъ и наложило на нихъ власть суда и надъ грѣховными мыслями, чувствованіями и желаніями, и надъ грѣховными дѣяніями. По дару этой власти Апостолы связывали и разрѣшали падшихъ и даже извергали изъ общества вѣрныхъ, виновныхъ въ нарушеніи заповѣдей и правилъ церкви. Такъ апостолъ Петръ обвинилъ Симона волхва, который задумалъ было за деньги получить даръ Божій (Дѣян. 8, 20); обличилъ Ананію и жену его Сапфиру за утайку и обманъ, послѣ чего они пали мертвыми въ виду Апостола (—5, 1—10). Такъ апостолъ Павелъ поставлялъ христіанамъ въ обязанность, не обращаться даже въ тяжбахъ своихъ къ суду невѣрныхъ, а разбираться судомъ вѣрующихъ. *Какъ смѣетъ кто у васъ*, писалъ онъ Коринѳянамъ, *имѣя дѣло съ другимъ, судиться у нечестивыхъ, а не у святыхъ? Развѣ не знаете, что святые будутъ судить міръ? Если вами будетъ судимъ міръ, то ужели вы недостойны судить маловажныя дѣла? Развѣ не знаете, что мы будемъ судить ангеловъ, не тѣмъ ли болѣе дѣла житейскія* (Кор. 6,—3)? А епископу Тимоѳею повелѣваетъ онъ: *проповѣдуй слово, настой во время и не во время, обличай, запрещай, увѣщавай со всякимъ долготерпѣніемъ и назиданіемъ* (2 Тим. 4, 2). Въ другомъ мѣстѣ, говоря Тимоѳею о судѣ надъ пресвитерами, какъ объ извѣстномъ правѣ епископа, онъ такъ очертываетъ условія этого суда: *обвиненіе на пресвитера не иначе принимай, какъ при двухъ или трехъ свидѣтеляхъ. Согрѣшающихъ обличай предъ всѣми, чтобъ и прочіе страхъ имѣли* (1 Тим. 4, 19. 20). *Именея и Александра*, пишетъ онъ о своемъ судѣ тому же Тимоѳею, *я предалъ сатанѣ, чтобъ они научились не богохульствовать* (1 Тим. 1, 20). Вотъ какъ судили и говорили о власти суда, дарованной Господомъ Іисусомъ церкви вообще и въ частности Апостоламъ, и какъ творили судъ тѣ, которые были ближайшими учениками Господа и отъ Него посланы учить весь міръ! Поэтому, отрицающіе эту власть и желающіе ниспровергнуть ее и исказить и утаить истину обѣтованія и дара Христа Спасителя Апостоламъ и церкви открыто противорѣчатъ заповѣди Спасителя, ученію, примѣру и судебнымъ распоряженіямъ Апо-

столовъ. Къ этимъ отрицателямъ судебной власти Апостоловъ и ихъ преемниковъ нельзя не обратиться со словами: *вы не знаете, какого вы духа* (Лук. 9. 25). Вы дерзаете уличать Апостоловъ въ самовольномъ присвоеніи власти, неданной будто бы имъ Спасителемъ. Сомнѣваться въ этомъ и отрицать истину этого нельзя безъ отрицанія боговдухновенности Апостоловъ и вѣрности ихъ завѣту Божественнаго ихъ Учителя. Если же исторія апостольскихъ временъ передаетъ намъ мало примѣровъ и случаевъ суда апостольскаго, то это потому, что христіане того времени пребывали *постоянно въ ученіи апостоловъ, въ общеніи и преломленіи хлѣба, и въ молитвахъ*, не имѣя ничего своего, а *все общее* (Дѣян. 2, 42. 44); потому что тогда не наступили еще времена тяжкія, въ которыя люди стали *сребролюбивы, горды, надменны, нечестивы, недружелюбны, непримирительны, нелюбящіе добра* (2 Тим. 3, 2. 3). Безъ виновныхъ и преступниковъ не могло быть и суда надъ ними. Итакъ проектъ, отнимающій власть церковнаго суда у преемниковъ апостольской власти, становится въ открытое противорѣчіе съ заповѣдію самого Спасителя.

2. Предполагаемая реформа духовнаго суда противорѣчитъ значенію и положенію церкви внутри государства. Представляя собою общество Христовыхъ послѣдователей, церковь, говорятъ сами поборники духовно-судебной реформы, должна имѣть и на самомъ дѣлѣ имѣетъ опредѣленное видимое устройство, свои законы и правила, свои особенные порядки дисциплины и жизни; члены ея, какъ члены церкви, имѣютъ по отношенію къ ней извѣстныя права и обязанности. Какъ во всякомъ благоустроенномъ обществѣ, въ церкви должна быть власть, которая управляла бы церковію, надзирала надъ цѣлостію и ненарушимостію ея порядковъ и правилъ, принимала мѣры къ устраненію и пресѣченію нарушеній, судила и преслѣдовала бы нарушителей. Эта власть въ церкви и осуществляется въ лицѣ епископовъ. Имъ принадлежитъ административная и судебная власть въ церкви. Та и другая власть произошла не изъ историческихъ обстоятельствъ и условій. Они установлены Божественнымъ Основателемъ церкви, опредѣлены правилами Апостоловъ и Вселенскихъ Соборовъ, всегда долженствующими сохранять свою обязательную силу. Поэтому административная и судебная власть въ церкви должны оставаться дотолѣ, пока будетъ существовать церковь. Члены церкви должны подлежать административ-

ной и судебной власти ея до тѣхъ поръ, пока они будутъ членами церкви и не сдѣлаются отступниками отъ ней. Итакъ реформа въ администраціи и судѣ церкви можетъ только исправлять вкравшіеся въ нихъ недостатки; но никогда не можетъ она ниспровергать зданіе Божіе, которое твердо стоитъ, будучи основано и утверждено на камени, ему же содѣтель Богъ, а не человѣкъ.

3. Затѣмъ проектируемая реформа церковнаго суда становится въ разрѣзъ и съ многовѣковою *исторіею и практикою православной церкви.* Съ самаго основанія Христовой Церкви богоустановленная власть вязать и рѣшать, данная Апостоламъ, преемственно перешла отъ нихъ къ ихъ преемникамъ—епископамъ, и въ теченіе девятнадцати вѣковъ составляла ихъ неприкосновенную принадлежность. Несомнѣнныя свидѣтельства о принадлежности епископамъ судебной власти въ православной церкви представляютъ намъ всѣ 19 вѣковъ христіанства. Правила апостольскія, соборныя и св. отецъ, исторія церкви и общая исторія служатъ доказательствомъ этого. Всѣ правила апостольскія и постановленія вселенскихъ и помѣстныхъ соборовъ признаютъ за епископами власть суда и со всею точностію опредѣляютъ объемъ этого суда, предметы, порядокъ и послѣдствіе его. Отцы церкви также свидѣтельствуютъ эту истину. Исторія церкви передаетъ намъ, что въ христіанской церкви съ самаго начала ея былъ свой, самостоятельный, судъ и что органами его были епископы. Общая исторія удостовѣряетъ, что это было дѣйствительно такъ во всѣ времена Христовой церкви съ самаго основанія ея. Она свидѣтельствуетъ, что еще во времена гоненій, въ первые три вѣка своего существованія, Христова церковь, образовавшись внутри римскаго государства въ особое духовное общество, естественно должна была имѣть и имѣла свое особое управленіе, свои правила и законы, свой судъ надъ своими членами въ случаѣ нарушенія ими ея законовъ и правилъ,—и власть управленія церковію и суда въ ней принадлежала предстоятелямъ церкви—епископамъ. Когда же въ римской имперіи христіанская церковь признана была господствующею,—тогда признано было и право ея на управленіе собою, признано и право епископовъ судить дѣла, касающіяся вѣры и церкви. Это право епископскаго суда было признано и подтверждено многими законами христіанскихъ императоровъ Рима. Оно признано на соборахъ Карѳагенскомъ

третьемъ 397 года и четвертомъ 398 г., и Халкидонскомъ 451 года и оставалось въ силѣ до позднѣйшихъ временъ греческой имперіи. Оно же остается въ дѣйствіи на Востокѣ и въ настоящее время.

Русская церковь, получивъ свое бытіе отъ греческой церкви, приняла образцомъ для себя ея устройство и въ управленіи и судѣ, предоставивъ судъ въ церкви епископамъ. Сколь неприкосновеннымъ признавался епископскій судъ съ самыхъ первыхъ временъ нашей церкви, то засвидѣтельствовано великими князьями Владиміромъ равноапостольнымъ и Ярославомъ I. Св. равноапостольный князь Владиміръ свой уставъ о церковныхъ судахъ заключаетъ слѣдующимъ знаменательнымъ завѣтомъ: «Кто переступитъ сіи правила, якоже есмы управили по святыхъ отецъ правиломъ и по первыхъ царевъ управленью, кто имѣтъ переступати правила сіи, или дѣти мои, или правнучата, или въ которомъ городѣ намѣстникъ, или тіунъ, или судья, а пообидятъ судъ церковный, или кто иный, да будутъ прокляти въ сій вѣкъ и въ будущій семію соборовъ святыхъ отецъ вселенскихъ». Такую же печать на неприкосновенность суда церкви налагаетъ и Ярославъ I, въ своемъ уставѣ о церковныхъ судахъ. Въ началѣ его отъ лица Ярослава говорится: «сложилъ есми со греческимъ номоканономъ, аже не подобаетъ сихъ тяжь судите князю и бояромъ. Далъ есмь митрополитомъ и епископомъ тѣ суды, что писаны въ правилѣхъ, въ номоканонѣ». А въ концѣ сказано: „А кто уставленіе мое нарушитъ, или сынове мои, или внуцы мои, или правнуцы мои, или отъ рода моего кто, или стъ бояръ, а порушитъ рядъ мой и вступится въ суды митрополичи, что есми далъ митрополиту и епископомъ по всѣмъ городамъ, по правиломъ святыхъ отецъ судивше, казнити по закону. А кто емлются въ тѣ суды въ церковные вступати, крестьянско (христіанское) имя да не наречеться на томъ, и отъ святыхъ да будетъ проклятъ". Таковъ грозный приговоръ и проклятіе исторіи противъ посягательства на неприкосновенность суда епископскаго. Наши слова каждый можетъ провѣрить историческими и каноническими памятниками. Есть на это самое вѣское свидѣтельство и въ позднѣйшихъ актахъ нашего государственнаго совѣта. Хотя изданія новыхъ постановленій по текущимъ дѣламъ первой, сказано въ одномъ изъ нихъ, журн. гос. сов. 1864 г. № 47 23 25 непротивны кореннымъ основаніямъ установленнаго въ ней порядка и священнымъ въ преданіяхъ, но такъ какъ всякая вновь предпринимаемая, законодательная мѣра къ какому бы предмету

духовнаго управленія и суда она ни относилась, должна быть согласна по духу и сущности съ древними вселенскими постановленіями церквей, всегда долженствующими сохранять свою обязательную силу, то отсюда проистекаетъ необходимость особенной осторожности при обсужденіи всякаго рода вновь вводимыхъ мѣръ, въ чемъ-либо касающихся духовнаго суда и управленія и вообще церковнаго законодательства.

4) Въ *практическомъ* отношеніи проектируемая реформа церковнаго суда можетъ повести къ противорѣчіямъ, неудобствамъ и оказаться ненужнымъ нововведеніемъ, требующимъ большихъ, но напрасныхъ затратъ и издержекъ на себя. Она можетъ впасть въ открытое противорѣчіе съ своими основными началами, если членами вводимыхъ ею судовъ сдѣлаетъ священниковъ, то-есть предоставитъ судебную, по ея убѣжденію, *свѣтскую* власть, лицамъ, которымъ не подобаетъ такая власть. Къ тому же какая выйдетъ несообразность, если судьи-пресвитеры получатъ власть, лишать подобныхъ же имъ пресвитеровъ сана? Священство сообщается только епископскимъ рукоположеніемъ, и потому никогда и нигдѣ, съ самаго начала христіанства и доселѣ, не снималось рукою священниковъ и не можетъ быть снято безъ нарушенія основныхъ началъ церковнаго священноначалія. Съ другой стороны, она можетъ впасть въ новое, еще болѣе замѣтное противорѣчіе, если судебную власть въ церковныхъ дѣлахъ предоставитъ свѣтскимъ лицамъ. Въ такомъ случаѣ за преступленія противъ вѣры, святости и неприкосновенности церкви, за нарушеніе обязанностей духовнаго званія и т. п., будутъ судить ученики учителей вѣры, пасомые пастырей, міряне духовныхъ, будутъ налагать эпитиміи, отлучать отъ церкви, подвергать клириковъ запрещенію, отрѣшенію, лишенію сана и даже священства. Такой судъ будетъ весьма неблаговидный, неприличный, несообразный ни съ званіемъ свѣтскихъ лицъ, ни съ званіемъ и достоинствомъ пастырей церкви. Да и что придется судить этимъ новымъ, на широкую ногу, какъ говорятъ, устраиваемымъ судамъ съ прокурорами, товарищами ихъ, приставами и всею обстановкою нынѣшнихъ свѣтскихъ судовъ? Преступленія противъ вѣры и церкви и теперь судятся окружными и другими судами. Общія преступленія духовныхъ лицъ подлежатъ этимъ же судамъ. Остаются преступленія этихъ лицъ противъ ихъ званія и обязанностей, съ нимъ сопряженныхъ, но они встрѣчаются нечасто. Всего чаще судится нетрезвое поведеніе. Итакъ новые су-

ды будутъ, по премуществу, судами надъ нетрезвымъ поведеніемъ. Стоитъ ли учреждать ихъ для этого, по крайней мѣрѣ изъ экономическихъ разсчетовъ? Не будетъ ли, впрочемъ, практичнѣе, удобнѣе, проще и неразорительнѣе, отмѣнивъ судъ архіереевъ, вовсе не заводить особыхъ духовныхъ судовъ? Нельзя ли судиться всѣмъ въ общихъ судахъ?—Можно, если только можно отмѣнить въ церкви данное Господомъ Іисусомъ полномочіе Его ученикамъ вязать и разрѣшать все на землѣ; можно, если только можно предать забвенію апостольскія заповѣди о судѣ, преподанныя ими епископамъ; можно, если только можно отказаться отъ апостольскихъ правилъ, отъ правилъ вселенскихъ и помѣстныхъ соборовъ, отъ ученія отцевъ церкви, во услышаніе всей церкви, всего міра исповѣдавшихъ и признавшихъ судебную власть епископовъ. И какіе будутъ послѣдствія этого? Если разумное, согласное съ христіанскимъ ученіемъ и потребностями вѣрующихъ, исправленіе богослужебныхъ книгъ отдѣлило отъ православной церкви цѣлыя тысячи русскаго народа, то лишеніе епископа судебной власти, основанной на повелѣніи самого Спасителя, на правилахъ апостольскихъ и вселенскихъ соборовъ, на ученіи отцевъ церкви, власти, дѣйствовавшей и непрекращавшейся въ теченіе девятнадцати вѣковъ, можетъ ли пройти безслѣдно, какъ въ мѣстной церкви, такъ и передъ лицемъ прочихъ православныхъ Церквей? Нельзя не обратить вниманія на эти послѣдствія, которыя могутъ произойти отъ предполагаемой реформы и которыхъ всѣхъ нельзя предвидѣть.

5) Большой вредъ долженъ произойти отъ проектируемаго церковнаго суда и *въ нравственномъ отношеніи*. Вслѣдствіе сего *съ одной стороны* положеніе *архіерея* сдѣлается крайне приниженнымъ. Что бы ни сдѣлалъ въ его присутствіи или противъ него какой-либо служитель церкви, у него не будетъ подъ рукою средствъ остановить его и взыскать съ него. Жалуйся только и доноси суду, который, по примѣру нынѣшнихъ свѣтскихъ судовъ, можетъ быть, еще оправдаетъ виноватаго, къ крайнему униженію и огорченію архипастыря. Какъ это противно значенію и призванію предстоятелей церкви, можно видѣть изъ слѣдующаго случая. Въ одной изъ нашихъ митрополій присяжные мѣстнаго окружнаго суда объявили невиноватымъ священника, судившагося за подлогъ въ актѣ, тогда какъ онъ самъ предварительно сознался въ сдѣланномъ имъ подлогѣ. Мѣстная консисторія, по сообщеніи ей этого приговора свѣтскаго суда, со-

чла обязательнымъ для себя произнесть надъ судившимся: «и я тебя не обвиняю.» Митрополитъ, когда дошло до него это дѣло, съ прямодушіемъ и правотою, достойною истиннаго архипастыря, возразилъ: «нѣтъ, я не могу признать невиноватымъ человѣка, который самъ сознался въ сдѣланномъ имъ подлогѣ. Для примиренія съ собственною совѣстію и совѣстію прихожанъ онъ долженъ подвергнуться эпитиміи». Этотъ случай отлично характеризуетъ судъ архіерейскій и ярко выставляетъ то прискорбное положеніе, въ которое поставитъ архіереевъ лишеніе ихъ судебной власти. А каково будетъ положеніе архіерея, когда кто-либо обратится къ нему съ жалобою на предосудительные поступки служителей церкви, когда придутъ къ нему съ разсказомъ о томъ, что надѣлалъ какой-либо членъ церковнаго причта? Вопреки апостольскому примѣру и ученію, ему придется сказать такимъ: «я не судья болѣе вамъ; идите къ судьямъ». Какъ затронетъ это религіозное чувство, какъ смутитъ совѣсть нашего православнаго народа, который въ теченіе многихъ вѣковъ привыкъ видѣть судебную власть въ рукахъ архіереевъ и выросъ въ томъ убѣжденіи, что высшій судья въ дѣлахъ духовныхъ и касающихся церкви есть архіерей! Таковъ нравственный вредъ, который принесетъ съ собою проектируемая реформа церковнаго суда, по отношенію къ архипастырямъ. *Съ другой стороны* не утѣшительно будетъ въ нравственномъ отношеніи и положеніе провинившихся *клириковъ*. Что прежде дѣлалось съ глазу на глазъ, то проповѣдано будетъ на кровляхъ. Чистосердечное раскаяніе и признаніе съ одной стороны и пастырское увѣщаніе, обличеніе и эпитиміи съ другой облегчаютъ теперь душу, мирятъ съ совѣстію и церковію. Позорная огласка и публичность лягутъ тогда всѣмъ своимъ гнетомъ на подсудимыхъ. Чрезвычайно вредное вліяніе проектируемый духовный судъ съ его гласностію и публичностію можетъ имѣть и *на общественную нравственность*. Въ видахъ охраненія и нравственнаго стыда Апостолъ, между прочимъ, требовалъ, чтобы грѣхъ противъ цѣломудрія даже не именовался между вѣрными (Ефес. 5, 3); при гласномъ и публичномъ производствѣ церковнаго суда всѣ грѣхи и проступки явятся на сцену во всей наготѣ ихъ, со всѣми изгибами, со всѣмъ обольщеніемъ и соблазномъ для чувственныхъ и сладострастныхъ людей. Если и праведнику не легко будетъ устоять передъ этимъ соблазномъ, то что будетъ съ человѣкомъ слабымъ и чувственнымъ? Жена Лотова только огляну-

лась на Содомъ и Гоморру, и погибла. Паденія недостойныхъ пастырей, выставленныя на публичный позоръ, могутъ увлечь за собою и мірянъ; по меньшей мѣрѣ публичный судъ надъ такими породитъ соблазнъ, особенно вредный, ежели онъ произведенъ надъ падшимъ духовнымъ лицомъ, будетъ произведенъ на мѣстѣ его паствы въ кругу лицъ, для которыхъ судимый долженъ бы быть примѣромъ. Грѣхи духовныхъ, отказавшихся отъ міра, оглашенные передъ всѣми, могутъ растлить и людей, живущихъ въ мірѣ, по крайней мѣрѣ могутъ быть обращены въ посмѣяніе и укоризну всему клиру. Съ какою поспѣшностію и довольствомъ газеты и журналы расхватываютъ и разглашаютъ и теперь всѣ предосудительные поступки духовныхъ лицъ, не справляясь даже съ тѣмъ, правда ли то, что они сдѣлали! *И будутъ послѣдняя горша первыхъ* (Матѳ. 12, 45).

6) Проектомъ духовно-судебной реформы предоставляется оберъ-прокурору св. Сунода общій и высшій надзоръ за всѣми духовно-судебными установленіями. Спрашивается: какимъ образомъ тотъ самый проектъ, который весь исходитъ и весь основывается на принципѣ отдѣленія административной власти отъ судебной, съ административною властію оберъ-прокурора соединяетъ и высшую власть надъ духовно-судебными установленіями?

Я. Баршевъ.

МОСКОВСКІЙ БАНКОВСКІЙ ПРОЦЕССЪ.

I.

Съ объявленіемъ приговора суда въ окончательной формѣ, Московское банковское дѣло вступило въ тотъ періодъ своего движенія, который открываетъ широкое и вполнѣ соотвѣтственное мѣсто критикѣ въ истинномъ значеніи этого понятія. Только теперь, когда всѣ факты, выработанные публичнымъ судебнымъ производствомъ, не только установлены, но и подведены подъ дѣйствіе того или другаго закона, когда всѣ вопросы, возникавшіе при производствѣ, получили свое разрѣшеніе въ судебномъ приговорѣ, объяснившемъ и тѣ основанія, которыя приняты для ихъ разрѣшенія,—только теперь, говоримъ мы, и настало время для тѣхъ сужденій, которыя вызываются банковскимъ дѣломъ и соотвѣтствуютъ важности его.

Верховному кассаціонному департаменту Правительствующаго Сената, на разсмотрѣніе котораго, вѣроятно, будетъ внесено банковское дѣло, безспорно, будетъ принадлежать осуществленіе и верховной критики этого дѣла, въ предѣлахъ тѣхъ возраженій противъ правильности судебнаго производства или приговора, которыя могутъ представить стороны въ силу принадлежащаго имъ права, если такъ можно выразиться, судебной критики.

Но говоря о настоящемъ періодѣ «банковскаго» дѣла, мы имѣемъ въ виду не ту критику, для которой законъ установилъ и сроки и предѣлы, а ту критику, для которой, чтобы она была своевременной, цѣлесообразной и соотвѣтствующей своему истинному назначенію, необходимы не предписанія закона о кассаціонныхъ протестахъ и жалобахъ, а лишь наступленіе та-

кихъ моментовъ въ движеніи дѣла, которыми со всею полнотою установлены и опредѣлены все содержаніе и самый характеръ и значеніе дѣла; когда критика не присвоиваетъ себѣ непринадлежащей ей роли предугадывателя и предрѣшителя, а стоитъ на твердой почвѣ обсужденія фактовъ, установленныхъ актомъ судебнаго производства.

Мы говоримъ о критикѣ литературной.

Правда, наша печать, чуть ли не съ перваго дня возникновенія банковскаго дѣла, когда о немъ только начато было предварительное слѣдствіе, уже присвоила себѣ право обсуждать это дѣло во всемъ его объемѣ и указывать на всѣ тѣ послѣдствія, которыя, по ея мнѣнію, долженствовали наступить для лицъ заподозрѣнныхъ въ преступленіи или участвующихъ въ дѣлѣ, а также и на тѣ общія послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ общественнаго значенія банковскаго дѣла.

Думаемъ, что такой путь, на который вступила наша печать, въ лицѣ многихъ ея органовъ, далеко не соотвѣтствовалъ ни цѣлямъ правосудія, не нуждающагося въ предрѣшеніи его вопросовъ, ни задачамъ самой печати, обязанной не только не вызывать, но даже и не содѣйствовать страстному отношенію общества къ столь важному событію, какъ крушеніе одного изъ крупныхъ банковыхъ учрежденій столицы, событію, по поводу котораго могъ сказать свое рѣшающее слово только судебный приговоръ, какъ актъ спокойнаго и всесторонняго изслѣдованія и обсужденія обстоятельствъ указаннаго событія, по скольку въ немъ заключаются признаки преступленія.

Обязанность печати заключалась въ томъ, чтобъ умѣрять и воздерживать общество и отъ преждевременныхъ осужденій и выводовъ и отъ тѣхъ ложныхъ требованій, которыя массою, подъ вліяніемъ страсти и во многихъ случаяхъ чисто личныхъ интересовъ, задѣтыхъ событіемъ крушенія банка, предъявлялись къ правосудію, вступившему тогда еще только въ преддверіе своего дѣла.

По нашему мнѣнію, ни по времени, ни по содержанію и направленію своихъ сужденій по банковскому дѣлу, наша печать не стояла на высотѣ своего призванія; она не возвысилась, а спустилась на дно страстей массы и смѣшалась съ нею....

Не наше дѣло возстановлять въ памяти всѣ подробности печатныхъ сужденій, наполнявшихъ наши газеты и даже журналы (нѣкоторые), сужденій, направленныхъ на то, чтобы на-

вязать правосудію свои мнѣнія и выводы, истекающіе изъ одного голаго факта крушенія Коммерческаго Ссуднаго Банка, забывая, что правосудіе будетъ имѣть дѣло не съ однимъ этимъ голымъ фактомъ, а со всѣми изслѣдованными подробностями причинъ, условій и развитія этого факта.

Здѣсь достаточно указать лишь на то, что обсуждая явленіе крушенія Коммерческаго Ссуднаго Банка, явленіе, безспорно, весьма крупное и печальное въ нашей экономической жизни, сообщая преждевременныя и не всегда изъ вѣрнаго источника почерпнутыя свѣдѣнія о ходѣ и развитіи дѣла, указывая на печальныя послѣдствія явленія крушенія банка въ общемъ ходѣ экономической жизни и въ частности въ отношеніи лицъ имѣвшихъ дѣла съ банкомъ,—наша періодическая печать все свела только къ одному преступленію и все отнесла огульно къ винѣ лицъ, стоявшихъ во главѣ ближайшаго управленія банка—правленія и совѣта банка. Печать полагала, что только въ огульномъ осужденіи, карающемъ и праваго и виноватаго, заключается удовлетвореніе требованіямъ правосудія и успокоеніе общественной совѣсти, руководительство которой печать взяла въ свои руки. Печать въ такомъ огульномъ осужденіи видѣла средство возстановленія правильнаго хода всей нашей банковой дѣятельности, условій развитія кредита и т. д., она полагала даже, что только осужденіе (огульное) удовлетворительно отвѣтитъ на вопросъ о томъ, слѣдуетъ и можно ли вносить свои сбереженія на вклады въ банки. Въ увлеченіи своими взглядами на дѣло, взглядами почерпнутыми и неочищенными отъ глубины сужденій массы, наша печать напала и на тѣхъ, кто по роду своей профессіи, установленной закономъ, — профессіи, которую въ свое время печать привѣтствовала вмѣстѣ съ судебною реформой, взялся защищать осужденныхъ ею лицъ. Она находила, что защита въ этомъ дѣлѣ только затемнитъ безъ того ясное воззрѣніе на дѣло... Нужно ли послѣ этого доказывать, что все это чуждо истиннымъ назначенію и цѣлямъ правосудія?

Правосудіе рѣшаетъ не экономическіе вопросы, для него нѣтъ дѣла—при какихъ условіяхъ возможны успѣхи банковыхъ операцій, развитіе кредита или когда можно, когда нельзя вносить сбереженія на вклады, оно рѣшаетъ вопросы о винѣ или невинности независимо отъ того, какое вліяніе его рѣшеніе будетъ имѣть на строй экономической жизни; правосудію не

нужны жертвы для проведенія чуждыхъ ей идей, оно воздаетъ suum cuique. Печать должна была знать это и въ свое время воздержать страсти общества, стремившагося навязать правосудію несвойственное назначеніе. Между тѣмъ, весьма естественное возбужденіе массы только наэлектризовывалось дѣятельностью печати, особенно тогда, когда печать входила въ обсужденіе обстоятельствъ, составлявшихъ въ то время лишь достояніе только-что развивающагося предварительнаго слѣдствія и потому не подлежавшихъ оглашенію. Этотъ пріемъ въ свою очередь вызвалъ публичныя, посредствомъ той же печати, оправданія обвиняемыхъ: явленіе совершенно несвойственное правильному ходу дѣла; оправданіямъ тѣмъ было мѣсто не передъ публикою, а передъ судомъ. Такія оправданія не могли принести пользы и тѣмъ кто ихъ предъявлялъ: они только увеличивали страстность отношенія къ дѣлу общества, потрясеннаго событіемъ крушенія банка, но еще не знающаго всѣхъ обстоятельствъ этого событія; отдѣльные эпизоды, заключающіеся въ оправдательныхъ статьяхъ, скорѣе затемняли пониманіе. Нечего, конечно, говорить о несвоевременности такихъ печатныхъ оправданій, а между тѣмъ они суть необходимое послѣдствіе несвоевременности осужденій и неумѣлаго вторженія печати въ область правосудія. Такія осужденія и оправданія были тѣми толчками въ настроеніи общества, которые безусловно связали мысли общества съ немногимъ: съ массою потерпѣвшихъ и предполагавшимся тогда всеобщимъ разореніемъ ихъ.

При такихъ условіяхъ извѣстное банковское дѣло вступило на дѣйствительный законный судъ правосудія.

Теперь правосудіе уже совершилось и открыло широкое поле для сужденій о дѣлѣ. Оно, какъ извѣстно, очистило свою задачу отъ тѣхъ несвойственныхъ ему наслоеній, которыя связывали правосудіе съ экономическими, финансовыми и другими областями, въ смыслѣ прямаго и непосредственнаго вліянія его на эти области. Но этотъ актъ правосудія осуществился только послѣ вторичнаго назначенія дѣла къ слушанію. Первоначально банковское дѣло назначалось къ слушанію въ маѣ мѣсяцѣ настоящаго года. Время, протекшее между сроками перваго и втораго назначенія дѣла къ слушанію, составляетъ важный моментъ въ смыслѣ развитія общественнаго сознанія и взгляда на банковское дѣло.

Къ маю мѣсяцу уже подведены были итоги предварительнаго

слѣдствія, того слѣдствія, изъ котораго такъ безцеремонно выхватывались и оглашались тогда отдѣльные факты. Въ итогахъ этихъ былъ точно опредѣленъ и контингентъ обвиняемыхъ лицъ и точныя юридическія свойства приписываемыхъ имъ преступныхъ дѣяній. Тогда же сдѣлались извѣстны и обстоятельства, сопровождавшія крушеніе банка и т. д.

Но оказалось, что обвиняемыми лицами явились всѣ члены ближайшаго банковаго управленія, т.-е. всѣ тѣ, на которыхъ печать давно указала и которыхъ она давно уже осудила. Страстное отношеніе общества еще къ недавнему событію не могло ослабнуть и отрезвиться въ то время, когда оно увидѣло, что появленіе членовъ банковаго управленія, независимо ихъ общественнаго положенія и отличій, на скамьѣ подсудимыхъ, закрѣплено актомъ преданія суду высшею въ имперіи обвинительной властью. Назначеніе довольно близкаго срока слушанія дѣла послѣ установленія обвиненія не могло не вызвать лихорадочнаго интереса къ исходу процесса. Общество, воспитанное печатью въ страстномъ отношеніи къ дѣлу и къ предполагавшимся виновникамъ его, не могло столь же страстно и настойчиво не желать немедленнаго осуществленія того суроваго, а главное, огульнаго приговора, который давно предопредѣленъ печатью. Между тѣмъ, съ самой первой минуты, слѣдовавшей за открытіемъ засѣданія, сдѣлалось ясно, что дѣло тормозится. Дѣло дѣйствительно было отложено. Но при какихъ обстоятельствахъ? Еще до дня засѣданія нѣкоторые органы московской печати пустили въ ходъ слухъ, что защита намѣрена настаивать на отсрочкѣ разсмотрѣнія дѣла, что защита московскихъ тузовъ финансоваго міра, закупленная крупными гонорарами, не задумается ни передъ какими средствами, чтобы добиться желаемаго: *она недовольна составомъ присяжныхъ засѣдателей, имѣющихъ судить ея клиентовъ*. Такія сообщенія печати, конечно, не остались безъ своего благотворнаго (?) дѣйствія. Вступая въ залу суда, сама защита не могла чувствовать себя спокойно, въ виду слуховъ и отзывовъ, пущенныхъ объ ней передъ засѣданіемъ. Не увеличивалось, конечно, и спокойствіе общества отъ подобныхъ сужденій и сообщеній. Не трудно послѣ этого объяснить себѣ то напряженіе и ту лихорадочность, которыя проявлялись со всѣхъ сторонъ и ясно указывали, что въ залѣ суда будетъ происходить какая-то борьба, вызванная призраками уловокъ подсудимыхъ и ихъ защитниковъ.

Масса гражданскихъ истцовъ и ихъ представителей наперерывъ, при самомъ открытіи засѣданія, спѣшила заявить о себѣ и закрѣпить свое участіе въ дѣлѣ, чтобы бороться съ защитою. Защита же съ того и начинаетъ, что предъявляетъ возраженія противъ допущенія гражданскихъ истцовъ. Этого было достаточно, чтобы въ этомъ самомъ обыкновенномъ, вполнѣ законномъ заявленіи, усмотрѣть начало борьбы. Все (не исключая, кажется, и самого суда) предубѣжденно отнеслось къ такому первому заявленію защиты. А между тѣмъ только судъ, этотъ высокій руководитель осуществленія правосудія, могъ вовремя ввести эту борьбу въ границы и дать понять, что судъ—не общество, не сторона въ дѣлѣ и что въ его дѣйствіяхъ никто не можетъ почерпнуть поощренія къ страсти и борьбѣ. Тѣмъ не менѣе зала засѣданія наполнилась тѣмъ горячимъ и рѣзкимъ остроуміемъ и замѣчаніями, которыми и завершилось засѣданіе.

Отсрочка засѣданія на первый разъ вызвала бурю гнѣва печати, который всею своею тяжестью обрушился на подсудимыхъ и ихъ защитниковъ. «Судебный Вѣстникъ» въ свое время останавливался на этомъ гнѣвѣ, доказавъ, что этотъ гнѣвъ былъ совершенно безсиленъ противъ защиты, такъ какъ она дѣйствовала въ предѣлахъ закона и осудить защиту могла только страсть и страхъ передъ какими-то призраками. Мы, съ своей стороны, только добавимъ, что если защита дѣйствовала въ предѣлахъ закона, то нельзя же упрекать ее за то, что она охраняла интересы своихъ кліентовъ: для нея должны быть дороги эти интересы, охраненіемъ этихъ интересовъ, въ предѣлахъ закона, защита не нарушаетъ, а выполняетъ свои обязанности даже къ обществу. Было бы очевидно, что условія, при которыхъ банковское дѣло въ первый разъ вступило на судъ представителей общества, были слишкомъ неблагопріятны для спокойнаго обсужденія такого сложнаго и важнаго дѣла.

Промежутокъ времени, протекшій между первымъ и вторымъ срокомъ засѣданія по дѣлу, представляется имѣющимъ значеніе именно въ томъ отношеніи, что, по разнымъ причинамъ, содѣйствовалъ нѣкоторому успокоенію общества. Одною изъ такихъ причинъ, по нашему мнѣнію, нельзя не признать того, что отъ времени выдачи обвинительнаго акта прошло столь достаточное время, что значительная часть общества и даже сами органы печати имѣли полную возможность ближе ознакомиться съ данными предварительнаго слѣдствія. За это время и печать умолкла.

За тѣмъ свѣдѣнія о результатахъ дѣятельности ликвидаціонной коммиссіи и другихъ случаяхъ удовлетворенія вкладчиковъ также имѣли свое значеніе.

Такимъ образомъ вторичное разсмотрѣніе банковскаго дѣла послѣдовало уже при болѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ. Оказалось, однако, что плоды времени, которымъ характеризовалось возникновеніе и развитіе банковскаго дѣла до перваго срока назначенія его къ слушанію, еще не исчезли. Гражданскіе истцы, а за ними и защита, въ лицѣ нѣкоторыхъ ея представителей, точно испугались, что спокойное отношеніе къ дѣлу опасно для интересовъ ими охраняемыхъ и посредствомъ собственной страсти и эффектовъ старались наэлектризовывать присяжныхъ представителей общества, убѣждая ихъ, какъ дѣлали гражданскіе истцы, казнить огуломъ всѣхъ подсудимыхъ, такъ какъ только этою казнью достигалась безопасность всего общества отъ посягательствъ, подобныхъ тѣмъ, въ коихъ обвинялись подсудимые.

Какъ образцы краснорѣчія ораторовъ, такъ самое направленіе и пріемы, употребленные ими, безъ сомнѣнія, могутъ служить весьма хорошимъ матеріаломъ для заключеній объ уровнѣ нашихъ силъ для судебныхъ преній въ такомъ важномъ процессѣ, въ которомъ напряженіе этихъ силъ должно быть доведено до высшей степени. Но эти заключенія будутъ касаться разсмотрѣнія внѣшнихъ сторонъ банковскаго процесса. Останавливаться же подробно на внѣшнихъ сторонахъ процесса не входитъ въ кругъ нашей задачи.

Банковскій процессъ, безспорно, можетъ и долженъ служить предметомъ вполнѣ солидныхъ сужденій о значеніи добытыхъ имъ фактовъ и разоблаченій въ связи съ общимъ ходомъ нашей общественной и экономической жизни. Банковскій процессъ во многомъ можетъ служить аргументомъ въ пользу удовлетворительности или несовершенства существующихъ условій кредита и банковыхъ операцій, постановки самого института банковыхъ учрежденій и т. д. Въ этомъ, безспорно, заключается вся важность общественнаго значенія разсматриваемаго процесса. Но литературному обсужденію и этихъ сторонъ процесса настало время только теперь; мы глубоко убѣждены, что органы нашей общей печати своими сужденіями гораздо больше принесли бы пользы теперь, чѣмъ тогда, когда эти сужденія были преждевременны и страстны. Но всякій процессъ, независимо отъ сво-

его общественнаго значенія, есть прежде всего актъ правосудія. Разсматриваемый съ этой стороны, банковскій процессъ можетъ представлять огромный интересъ юридическій. Обсужденіе процесса съ этой стороны составляетъ область юридической критики, для которой играютъ первую роль не соціальные и экономическіе вопросы, а самое осуществленіе правосудія, тотъ актъ его, которымъ установлены вопросы вины, наказанія и тѣхъ послѣдствій, которыя составляютъ необходимое условіе осужденія или оправданія.

На разсмотрѣніи банковскаго процесса съ юридической стороны мы и намѣрены остановиться. Но предварительно мы сочли необходимымъ прослѣдить въ общихъ чертахъ и ходъ внѣшнихъ условій развитія процесса, для того, чтобы, очистивъ себѣ путь, сосредоточить все вниманіе исключительно на строго отмежеванной области-юридической.

Первый актъ, который представляетъ существенный юридическій интересъ, по нашему мнѣнію, есть актъ постановки вопросовъ, подлежавшихъ разрѣшенію присяжныхъ.

Вопросовъ этихъ какъ извѣстно, постановлено было много (127). Связь этихъ вопросовъ между собою такова, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтъ на одинъ вопросъ исключалъ отвѣтъ на другой, въ другихъ же случаяхъ такой или другой отвѣтъ на одинъ вопросъ требовалъ соотвѣтственнаго разрѣшенія другихъ. По содержанію своему вопросы были весьма сложны и обширны; чтобы разобраться въ этомъ лабиринтѣ условностей, взаимной связи и разнообразіи и въ то же время сохранить въ отвѣтахъ, подсказываемыхъ внутреннимъ убѣжденіемъ, логическую связь для присяжныхъ недостаточна была даже одна опытность обращаться съ судебными вопросами, для этого нужна была, какъ казалось, даже сама мудрость присяжныхъ. Между тѣмъ присяжные засѣдатели суть члены общества, а не суда; отъ нихъ нельзя требовать той привычки и умѣнья обращаться съ судебными вопросами, которыхъ можно требовать отъ чиновниковъ или лицъ, по профессіи занимающихся судебными дѣлами. Вотъ почему постановка вопросовъ по банковскому процессу и нуждается въ томъ подробномъ разсмотрѣніи, которое дало бы критикѣ возможность сказать: въ какой степени эта постановка представляется согласною съ закономъ и тѣми практическими предписаніями о постановкѣ судебныхъ вопросовъ, которыя направлены на то, чтобы посредствомъ

возможнаго упрощенія ихъ содѣйствовать облегченію задачи присяжныхъ засѣдателей при истолкованіи и обсужденіи вопросовъ.

II.

Ученіе о постановкѣ вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію присяжныхъ засѣдателей, составляетъ, безспорно, важнѣйшую область уголовнаго процесса. Важность этой области обусловливается важностью того назначенія, выполненіе котораго, въ общемъ ходѣ процесса, принадлежитъ вопросамъ, предлагаемымъ на разрѣшеніе присяжныхъ засѣдателей: вердиктомъ присяжныхъ засѣдателей разрѣшается виновность или невиновность подсудимаго, такой вердиктъ составляетъ всю основу судебнаго приговора и является отвѣтомъ на тѣ вопросы, которые предлагаются присяжнымъ засѣдателямъ.

Таково общее назначеніе судебныхъ вопросовъ. Миттермайеръ, въ своихъ извѣстныхъ изслѣдованіяхъ о судѣ присяжныхъ Европы и Америки, за системою ученія о постановленіи судебныхъ вопросовъ признавалъ такую важность, что въ ней одной видѣлъ всю характеристику даннаго законодательства объ уголовномъ процессѣ. Въ совершенствѣ и твердости законодательныхъ опредѣленій о постановленіи судебныхъ вопросовъ, вмѣстѣ съ благоразумнымъ, исполненнымъ сознанія важности назначенія судебныхъ вопросовъ, примѣненіемъ ученія законодательства объ этомъ предметѣ на практикѣ,—по мнѣнію Миттермайера—этого знатока суда присяжныхъ всего міра — заключается одно изъ главнѣйшихъ условій успѣшной дѣятельности правосудія, осуществляемаго чрезъ участіе присяжныхъ засѣдателей.

Коснувшись замѣчаній важности назначенія судебныхъ вопросовъ, какъ особаго акта судебнаго производства, нельзя не прибавить, что ученіе о постановкѣ вопросовъ въ законодательствахъ континента получило такое особое развитіе, которое сообщило ему еще болѣе важное значеніе, чѣмъ то, которое принадлежитъ ему въ колыбели суда присяжныхъ всего міра — англійскомъ законодательствѣ.

По системѣ англійскаго законодательства на разрѣшеніе присяжныхъ засѣдателей предлагается одинъ общій вопросъ о виновности въ преступленіи, за которое преданъ суду обвиняемый. Отвѣтомъ на такой вопросъ присяжные утверждаютъ или отрицаютъ фактъ вины въ томъ или другомъ преступленіи, въ

его общемъ родовомъ понятіи. Ближайшее опредѣленіе вида признаннаго вердиктомъ преступленія и послѣдствій виновности принадлежитъ суду, пользующемуся широкимъ правомъ истолкованія и обсужденія свойства виновности въ каждомъ данномъ случаѣ и примѣнимости всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя вліяютъ на увеличеніе или уменьшеніе мѣры отвѣтственности осужденнаго. Избраніе соотвѣтствующаго мѣрѣ виновности наказанія всецѣло принадлежитъ суду короны.

Между тѣмъ система постановки судебныхъ вопросовъ, усвоенная законодательствами континента, рѣзко отличается отъ системы англійскаго законодательства. Отвѣтами присяжныхъ засѣдателей, по системѣ континентальныхъ законодательствъ, установляется вся конкретность даннаго предмета обвиненія и виновности въ такой степени, что ими разрѣшаются не только родъ и видъ преступленія и виновности въ немъ, но и всѣ обстоятельства, особо специфирующія обвиненіе и виновность въ смыслѣ увеличенія или уменьшенія наказанія. Такимъ образомъ, при указанномъ назначеніи вердикта, суду короны предоставляется только одно примѣненіе закона къ фактамъ, признаннымъ вердиктомъ и обнимающимъ собою весь объемъ виновности по отношенію къ его юридическому значенію.

По сему представляется вполнѣ понятнымъ, что, соотвѣтственно наиболѣе широкому участію присяжныхъ засѣдателей въ установленіи фактическихъ данныхъ обвиненія, во всей ихъ конкретности и зависимости отъ предписаній закона о юридическомъ значеніи тѣхъ данныхъ и система постановки вопросовъ, предлагаемыхъ на разрѣшеніе присяжныхъ засѣдателей, является наиболѣе сложною. Но при этомъ, однако, не слѣдуетъ упускать изъ вида, что несмотря на такое широкое участіе присяжныхъ въ разрѣшеніи всей конкретности вины, дѣятельность ихъ однако ограничивается утвержденіемъ или отрицаніемъ только такихъ обстоятельствахъ, которыя указаны въ вопросахъ; объ обстоятельствахъ, не вошедшихъ въ вопросы, присяжные не могутъ высказывать своихъ заключеній. Съ другой стороны, и суду коронному не принадлежитъ право признанія такихъ обстоятельствъ, входящихъ въ объемъ конкретной виновности, которыя не утверждены вердиктомъ.

Само собою разумѣется, что, при указанномъ назначеніи судебныхъ вопросовъ, система постановки ихъ, кромѣ сложности, является неизбѣжно и наиболѣе затруднительною, такъ какъ

должна выражаться въ дробности вопросовъ, соотвѣтствующей всей полнотѣ конкретной виновности; причемъ логическая конструкція ихъ должна быть такова, чтобы не стѣсняла, безъ надобности, свободу сужденія присяжныхъ при признаніи или отрицаніи отдѣльныхъ обстоятельствъ виновности, независимо отъ признанія или отрицанія всѣхъ другихъ. Всякое упущеніе въ этомъ отношеніи, и особенно неправильная обусловленность вопросовъ при ихъ постановкѣ, неминуемо должно отразиться, болѣе или менѣе вредно, на общихъ интересахъ правосудія или на судьбѣ обвиняемаго.

Не мѣсто здѣсь останавливаться на ближайшемъ разсмотрѣніи другихъ сторонъ системы постановки вопросовъ, усвоенной континентальными законодательствами. Но, ограничиваясь вышесказаннымъ, мы считаемъ вполнѣ умѣстнымъ замѣтить, что если существо системы континентальныхъ законодательствъ требуетъ извѣстной дробности вопросовъ, то изъ существа той же системы съ несомнѣнностью явствуетъ, что размѣры дробности и вообще множества вопросовъ должны находиться въ безусловной зависимости только отъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя, въ силу закона, нуждаются въ отдѣльномъ разрѣшеніи присяжныхъ. Система континентальныхъ законодательствъ на присяжныхъ возлагаетъ слишкомъ многое; дѣятельность присяжныхъ при разрѣшеніи вопросовъ и безъ того сложна и обременительна, чтобы можно было оправдать не только съ точки зрѣнія закона, но и со стороны практическихъ послѣдствій, отдѣльное предложеніе не требующихъ особаго разрѣшенія вопросовъ и вообще излишество въ этомъ отношеніи.

Другое требованіе, также прямо вытекающее изъ существа разсматриваемой системы, заключается въ томъ, чтобы вопросы по содержанію своему обнимали всѣ тѣ обстоятельства, которыя составляютъ необходимые признаки событія преступленія или виновности. Всякое умолчаніе или опущеніе въ данномъ вопросѣ такихъ обстоятельствъ или включеніе въ вопросъ обстоятельствъ, безразличныхъ для состава конкретной виновности, о которой предложенъ вопросъ, можетъ повести къ совершенно неправильнымъ заключеніямъ и даже къ извращенію обвиненія или противорѣчіямъ. Во всякомъ случаѣ включеніе въ вопросѣ обстоятельствъ безразличныхъ для даннаго предмета содержаніе ихъ только затрудняетъ присяжныхъ засѣдателей въ изъясненіи смысла и содержанія вопроса въ его существенныхъ чертахъ.

Третье требованіе заключается въ ясности изложенія вопросовъ и установленіи въ вопросахъ такой логической связи, выясненіе которой не представляетъ особаго затрудненія для присяжныхъ. Причемъ, конечно, явно неправильное въ логическомъ отношеніи согласованіе вопросовъ есть уже посягательство на основныя начала системы и прямое насиліе надъ свободою сужденій присяжныхъ, которые, подчиняясь неправильно установленной обусловленности вопросовъ, могутъ отвергнуть такія обстоятельства, дѣйствительность которыхъ они признаютъ, или, напротивъ, отвергнувъ произвольную обусловленность вопросовъ, стать въ прямое противорѣчіе какъ съ закономъ, по неимѣнію о требованіяхъ его необходимыхъ свѣдѣній, такъ и съ собственною совѣстью.

Вообще континетальная сиетема постановки вопросовъ носитъ, сама въ себѣ, многія условія несовершенства. Всякое увеличеніе затрудненій при разрѣшеніи вопросовъ, излишествомъ ли ихъ, неправильнымъ ли согласованіемъ или сложностью въ изложеніи и неполнотою въ описаніи обстоятельствъ, составляющихъ необходимые признаки событія и виновности, или предрѣшеніе отдѣльныхъ обстоятельствъ виновности въ вопросахъ, имѣющихъ своимъ содержаніемъ другое обвиненіе,—есть тотъ минусъ изъ совокупности достоинствъ существующей системы, который въ дѣло правосудія вноситъ хаосъ и произволъ, неимѣющіе себѣ оправданія въ самыхъ основныхъ задачахъ правосудія.

Что касается до нашего законодательства, то его ученіе о постановкѣ вопросовъ составляетъ совершенно полное изображеніе системы континентальныхъ законодательствъ, прототипомъ которыхъ является французское законодательство.

Въ нашей системѣ постановки вопросовъ, изложенной въ судебныхъ уставахъ, вполнѣ примѣнимы всѣ означенныя требованія, истекающія изъ основныхъ началъ ученія о постановкѣ вопросовъ континентальной системы.

По нашимъ судебнымъ уставамъ, ученіе о постановкѣ вопросовъ выражено съ такою полнотою и опредѣлительностью, какія едва ли оставляютъ что-либо недосказанное въ области главнѣйшихъ и основныхъ положеній своего предмета.

Ясность сознанія законодателя о существѣ установлясмой имъ системы привела его къ убѣжденію въ необходимости установленія даже такихъ опредѣленій, которыя, не составляя по-

ложительныхъ предписаній, собственно о постановкѣ вопросовъ, направлены исключительно на то, что бы предусмотрительно предотвратить всякую неумѣренность и неосмотрительность въ пользованіи преподанною системою. Такъ, въ ст. 754 мы находимъ весьма предусмотрительное предписаніе о раздѣленіи вопросовъ о дѣйствительности событія преступленія отъ виновности только въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется сомнѣніе въ дѣйствительности какого либо отдѣльнаго элемента виновности.

Далѣе, въ ст. 755 установлено ограниченіе въ постановкѣ дополнительныхъ вопросовъ только о такихъ обстоятельствахъ, увеличивающихъ или уменьшающихъ вину и наказаніе, которыя отнесены закономъ къ числу *особо* специфирующихъ вину и наказаніе не въ мѣрѣ, а въ степени. Точно также въ статьѣ 756 находимъ запрещеніе соединять такіе вопросы, изъ которыхъ одинъ можетъ быть разрѣшенъ утвердительно, а другой отрицательно.

Совокупность приведенныхъ правилъ не оставляетъ сомнѣнія, что установленіемъ ихъ законодатель имѣлъ въ виду преподанную имъ систему постановки вопросовъ, при ея примѣненіи, удержать на той высотѣ, которая только возможна для нея по самой ея сущности. Забота объ облегченіи и упрощеніи дѣятельности присяжныхъ засѣдателей составляетъ неотъемлемую черту приведенныхъ правилъ.

Переходя отъ сихъ общихъ замѣчаній къ разсмотрѣнію вопросовъ постановленныхъ судомъ по московскому банковскому процессу, мы должны присовокупить, что сгруппировавъ эти замѣчанія въ одномъ мѣстѣ мы имѣли въ виду, при изложеніи частныхъ замѣчаній, избѣжать повтореній ихъ, находя въ то же время вполнѣ необходимымъ приведеніе этихъ замѣчаній для установленія общей точки зрѣнія и освѣщенія области внутренняго достоинства всей массы вопросовъ, предложенныхъ по названному дѣлу, на разрѣшеніе присяжныхъ засѣдателей.

III.

На основаніи 751 ст. уст. уг. суд., основаніемъ вопросовъ по существу дѣла должны служить не только выводы обвинительнаго акта, но также судебное слѣдствіе и заключительныя прѣнія, въ чемъ они развиваютъ, дополняютъ или видоизмѣняютъ тѣ выводы.

Изъ соображенія существа самостоятельныхъ вопросовъ, предложенныхъ на разрѣшеніе присяжныхъ и требовавшихъ отдѣльнаго разрѣшенія, для установленія предъявленныхъ обвиненій, съ выводами обвинительнаго акта, оказывается, что, въ разсматриваемомъ дѣлѣ, основаніемъ вопросовъ послужили исключительно выводы обвинительнаго акта. Ни судебное слѣдствіе, ни заключительныя пренія, судя по однородности существа и характера обвиненій по вопросамъ съ выводами обвинительнаго акта, не внесли ничего новаго въ смыслѣ развитія, дополненія или видоизмѣненія обвиненія. Такое заключеніе наше вполнѣ подтверждается и тѣмъ, что судъ отвергъ тѣ немногія измѣненія или дополненія вопросовъ, которыя указаны въ заявленіяхъ сторонъ, признавъ, что судебное слѣдствіе не дало для этого никакихъ данныхъ. Судъ уважилъ только одно редакціонное замѣчаніе защитника Струсберга, предложившаго *для ясности* прибавить въ 40 вопросѣ слова: „*для него*“ (Струсберга) къ выраженію: „*завѣдомо злонамѣренной и неправильной выдачи Струсбергу ссуды*“.

Въ обвинительномъ актѣ обвинительные выводы сдѣланы вполнѣ ясно. Можно оспаривать въ нѣкоторыхъ случаяхъ правильность юридической квалификаціи обстоятельствъ обвиненія, но во всякомъ случаѣ необходимо признать, что, кромѣ ясности, выводы обвинительнаго акта были поставлены и вполнѣ раціонально, какъ со стороны формулировки обвиненія признаковъ преступныхъ обстоятельствъ, такъ и со стороны установленія непосредственной связи между обвиненіями, какъ причинъ съ ихъ послѣдствіями, только въ тѣхъ изъ нихъ, въ которыхъ эта связь дѣйствительно существовала.

Правда, при подробномъ развитіи своего обвиненія, въ заключительныхъ преніяхъ, обвинители старались установить связь между всѣми обвиненіями. Но такая связь обусловливалась, по мнѣнію обвинителей, только единствомъ преступной идеи, господствовавшей во всей дѣятельности всѣхъ членовъ банковаго управленія, идеи злоупотребленій въ управленіи дѣлами банка исключительно въ видахъ личной выгоды,—идеи, дѣлавшей послѣдующія преступныя дѣйствія результатомъ отдѣльныхъ и самостоятельныхъ преступныхъ побужденій, а послѣдствіемъ сознательно выводимымъ изъ предшествовавшихъ преступленій. Но установленіе такой связи обвиненій есть не болѣе какъ обвинительный пріемъ, содѣйствующій лишь цѣльности обвиненія и удобства

заключеній отъ признанныхъ или доказанныхъ обвиненій къ обвиненіямъ спорнымъ и непризнаннымъ.

Само собою разумѣется, что даже и признаніе такой связи между обвиненіями не есть еще признаніе взаимной обусловленности ихъ, такъ какъ указанная обвинителями связь есть связь только отвлеченная, вытекающая изъ объединяющей ихъ идеи, а не та связь, которая исключаетъ логическую возможность утвержденія одного обвиненія и отрицанія другого.

Представляется поэтому безспорнымъ, что, при такомъ пониманіи мысли обвинителя и суду не представлялось никакой логической необходимости въ установленіи между вопросами той взаимности, которая ставила бы почти всюду разрѣшеніе одного вопроса въ зависимость отъ разрѣшенія другихъ.

Между тѣмъ изъ разсмотрѣнія вопросовъ, предложенныхъ по банковскому дѣлу на разрѣшеніе присяжныхъ засѣдателей, оказывается, что невѣрно понятое объясненіе обвинителей вызвало со стороны суда особое стремленіе къ установленію даже логически невозможной взаимности вопросовъ, причемъ, по нашему мнѣнію, значительно пострадала правильность вопросовъ, какъ въ отношеніи предписаній закона о постановкѣ вопросовъ, такъ и въ отношеніи ихъ ясности и полноты изложенія, необходимыхъ для правильнаго истолкованія сущности обнимаемыхъ вопросами понятій виновности. Попытаемся прослѣдить эти вопросы въ порядкѣ ихъ внѣшняго расположенія.

Первый вопросъ относится *безлично* къ *завѣдомо* подложному составленію отчета за 1873 годъ, заключавшемуся, какъ выражено въ вопросѣ, *въ умышленномъ* снесеніи со счета цѣнныхъ бумагъ, *пріобрѣтенныхъ на сумму свыше* $^1/_5$ *части складочнаго капитала*, на счетъ корреспондентовъ.

Останавливаясь на этомъ вопросѣ, нельзя обойти молчаніемъ, прежде всего, несообразность употребленія выраженій *завѣдомо* и *умышленно* съ безличностью самаго вопроса. Условіе *безличности* вопроса есть условіе предложенія его не о виновности, а о событіи преступленія. Между тѣмъ употребленіе выраженій *завѣдомо* и *умышленно* можетъ относиться только къ вопросамъ о виновности. Представляется, такимъ образомъ, невразумительнымъ, говорится ли въ этомъ вопросѣ только о событіи преступленія подлога или предрѣшается и виновность лицъ, составлявшихъ *завѣдомо* и *умышленно* подложный отчетъ.

Включеніе въ вопросъ, подлежащій, по самому свойству сво-

ему, непремѣнному утвержденію обстоятельствъ, предрѣшающихъ виновность, есть такая неосторожность, которая никоимъ образомъ не можетъ содѣйствовать свободѣ сужденія присяжныхъ. А между тѣмъ дальнѣйшее разсмотрѣніе перваго вопроса ясно указываетъ, что эта неосторожность заключается не въ однихъ вышеприведенныхъ явно двусмысленныхъ выраженіяхъ, но также и въ томъ, что упомянуто, что перенесеніе цѣнныхъ бумагъ на счетъ корреспондентовъ относится именно къ тѣмъ изъ нихъ, которыя пріобрѣтены на сумму свыше $^1/_5$ части складочнаго капитала, т. е. о такомъ обстоятельствѣ, которое составляетъ само по себѣ, нарушеніе устава банка, и прямо относится къ винѣ совѣта банка, согласно § 11 п. *i* устава. Между тѣмъ ни ясность, ни полнота вопроса нисколько не требовали включенія въ него особаго упомпнанія о неправильности самаго пріобрѣтенія цѣнныхъ бумагъ, такъ какъ вопросъ о подлогѣ, какъ понятіе юридическое, нимало не измѣнится отъ того какія бумаги ложно перенесены въ ненадлежащій разрядъ правильно или неправильно пріобрѣтенныя. Впрочемъ, безличность вопроса есть настолько важный признакъ для опредѣленія назначенія его, что мы все-таки должны признать, что предложеніемъ его судъ требовалъ отъ присяжныхъ отдѣльнаго разрѣшенія вопроса только о самомъ событіи преступленія, а не о виновности. Но признавая такое назначеніе перваго вопроса, мы встрѣчаемся съ новымъ недоразумѣніемъ. Понятіе подлога, какъ событія, безъ сомнѣнія, заключается не въ умышленномъ и завѣдомо невѣрномъ изложеніи такихъ или другихъ свѣдѣній, а въ одномъ только *невѣрномъ* изложеніи тѣхъ свѣдѣній. Для описанія такого событія въ вопросѣ, съ цѣлью полученія особаго разрѣшенія присяжныхъ, необходимо ввести въ него такія обстоятельства, которыми понятіе этого событія дѣйствительно исчерпывается во всей его конкретности. Только при этомъ условіи, кромѣ выполненія предписаній закона, достигается ясность представленія присяжныхъ о существѣ событія и соотвѣтствіи его по вопросу съ почерпнутыми изъ судебнаго слѣдствія свѣдѣніями о немъ. Такъ изъ дѣла и всего хода процесса было ясно, что подложность, о которой идетъ рѣчь, относится къ тому отчету за 1873 годъ, который составленъ правленіемъ, одобренъ совѣтомъ и утвержденъ общимъ собраніемъ акціонеровъ, искусственно составленнымъ чрезъ переписку акцій членовъ управленія на подставныхъ лицъ. Самое юридическое значеніе отчета, какъ

оффиціальнаго акта, обусловлено именно разсмотрѣніемъ и утвержденіемъ его общимъ собраніемъ акціонеровъ. До этого утвержденія, составляемый правленіемъ банка, отчетъ есть только проектъ оффиціальнаго акта, а потому и подложное составленіе его не можетъ имѣть юридическаго значенія. Вотъ изъ какихъ существенныхъ обстоятельствъ составляется правильное и согласное съ дѣломъ понятіе событія подлога въ отчетѣ за 1873 годъ. Эти и только эти обстоятельства и подлежали включенію въ 1-й вопросъ, если судъ имѣлъ въ виду въ этомъ вопросѣ установить истинное понятіе объ одномъ только событіи подлога. Между тѣмъ въ 1-мъ вопросѣ мы находимъ только одно голое упоминаніе объ отчетѣ 1873 года и о подлогѣ его; въ замѣнъ же наиболѣе подробнаго описанія событія подлога отчета мы встрѣчаемъ совершенно излишнія и несообразныя упоминанія объ умышленности, завѣдомости и даже о неправильности самаго способа пріобрѣтенія цѣнныхъ бумагъ, о подложномъ перенесеніи которыхъ на другой счетъ шла рѣчь. Такая неполнота описанія самаго событія преступленія не имѣла бы существеннаго значенія, если бы первый вопросъ можно было разсматривать совершенно отдѣльно отъ послѣдующихъ и въ особенности отъ втораго. При отдѣльномъ разсмотрѣніи перваго вопроса не представляется никакихъ затрудненій къ тому чтобы изъ одного голаго упоминанія объ отчетѣ заключить, что здѣсь идетъ рѣчь объ отчетѣ въ его оффиціальномъ, юридическомъ смыслѣ, т. е. объ отчетѣ, составленномъ правленіемъ банка, одобренномъ совѣтомъ и утвержденномъ общимъ собраніемъ. Но первый вопросъ является тѣсно связаннымъ со вторымъ и послѣдующими объ этомъ же предметѣ; слѣдовательно совершенно отдѣльное разсмотрѣніе перваго вопроса не можетъ имѣть мѣста. При разсмотрѣніи же этого вопроса въ связи со вторымъ нельзя не усмотрѣть, что одно голое упоминаніе въ немъ объ отчетѣ безъ указанія на утвержденіе его общимъ собраніемъ акціонеровъ является обстоятельствомъ, влекущимъ за собою весьма важныя послѣдствія въ смыслѣ опредѣленія самаго понятія отчета. Оказывается, что судъ самъ какъ бы признавалъ неполноту описанія понятія отчета въ 1-мъ вопросѣ и потому наиболѣе подробное и соотвѣтствующее дѣйствительной конкретности событія описаніе понятія отчета мы находимъ вовторомъ вопросѣ, касающемся виновности обвиняемыхъ. Тамъ упоминается, что идетъ рѣчь о томъ отчетѣ, который былъ утверж-

денъ общимъ собраніемъ акціонеровъ. Такимъ образомъ оказывается, что если за первымъ вопросомъ и слѣдуетъ признавать значеніе вопроса о событіи преступленія, то нельзя не замѣтить, что изложеніе этого вопроса является невѣрнымъ и неполнымъ, ибо вся полнота описанія событія подлога отчета исчерпывается лишь совокупностью перваго и втораго вопросовъ, которые и поставлены въ нераздѣльной зависимости даже и со стороны своего изложенія. «*Если отчетъ составленъ способомъ указаннымъ въ первомъ вопросѣ*», начинается второй вопросъ, *то виновенъ ли* и проч. Въ такой постановкѣ обоихъ вопросовъ явно обнаруживается вся путаница понятій о событіи и о виновности и навязываніе присяжнымъ совмѣстное разрѣшеніе вопроса, непремѣнно подлежащаго утвердительному разрѣшенію—о событіи преступленія—съ вопросомъ, характеръ разрѣшенія котораго предвидѣть невозможно—о виновности. Такимъ образомъ, утвержденіе перваго вопроса вовсе еще не составляетъ утвержденія событія преступленія въ томъ его смыслѣ, въ какомъ оно является по дѣлу. Утвержденіе этого одного вопроса есть утвержденіе лишь событія подлога проекта отчета, еще неутвержденнаго общимъ собраніемъ акціонеровъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ утвержденіе этого вопроса есть уже утвержденіе предрѣшающее и виновность совѣта въ допущеніи пріобрѣсти цѣнныхъ бумагъ болѣе чѣмъ на $^1/_5$ складочнаго капитала, т. е. предрѣшеніе вопроса о небрежности совѣта, составляющей содержаніе 112 вопроса.

При томъ разрѣшеніи какое въ дѣйствительности послѣдовало—именно утвердительное разрѣшеніе перваго и вопросовъ о виновности директора-распорядителя и директора иностраннаго отдѣленія, событіе преступленія подлога отчета за 1873 годъ получило въ дѣйствительности ему принадлежащее значеніе, вслѣдствіе этого и вина обвиненныхъ сдѣлалась логически и юридически правильною. Но въ этомъ отношеніи всю правильность выхода изъ путаницы слѣдуетъ отнести единственно къ мудрости и справедливости присяжныхъ. Сами по себѣ, вопросы суда навязывали имъ рѣшеніе наиболѣе суровое, обнимающее всю совокупность обвиняемыхъ въ подлогѣ. Если бы присяжные не нашли въ себѣ этой мудрости спокойно разобраться въ предложенныхъ вопросахъ, то для сохраненія свободы своей совѣсти отъ навязываемыхъ обвиненій они могли дать огульно отрицательный отвѣтъ, не признавъ даже и событія подлога

отчета. Едва ли правосудіе нуждается въ рѣшеніяхъ, не истекающихъ изъ внутренняго и свободнаго убѣжденія судей... Если же присяжные ограничились бы однимъ утвержденіемъ перваго вопроса и отрицаніемъ послѣдующихъ, то тогда, какъ вышеупомянуто, мы получили бы не подлогъ отчета за 1873 годъ, такъ какъ неутвержденный общимъ собраніемъ акціонеровъ отчетъ тотъ не имѣлъ юридической силы, а утвержденіе одного изъ видовъ небрежности совѣта, т. е. такое рѣшеніе, котораго никоимъ образомъ не могли присяжные предвидѣть. А если они это предвидѣли, то отрицательный отвѣтъ на 112 вопросъ, обнимающій собою всю совокупность видовъ небрежности, является прямымъ послѣдствіемъ борьбы присяжныхъ противъ навязываній суда.

Противъ сдѣланныхъ нами замѣчаній намъ могутъ возразить: что ни составъ присяжныхъ по дѣлу ссуднаго банка, ни самое положеніе ихъ въ совѣщательной комнатѣ, послѣ трехнедѣльнаго утомленія, не благопріятствовали наиболѣе всестороннему анализу предложенныхъ имъ вопросовъ, что рѣшеніе ихъ было результатомъ одного общаго чувства вины однихъ и невинности другихъ, а потому и существо вопросовъ не могло вызвать въ нихъ недоразумѣній, составляющихъ результатъ нашего изученія процесса и системы предложенныхъ присяжнымъ вопросовъ.

Мы и не споримъ противъ этого. Но мы говоримъ о вопросахъ, по банковскому дѣлу со стороны ихъ правильности вообще. Для такого обсужденія намъ не нуженъ тотъ или другой составъ способныхъ или неспособныхъ къ анализу присяжныхъ, намъ нужны только одни логически возможные выводы изъ вопросовъ. Съ признаніемъ же логической возможности тѣхъ выводовъ вообще, мы не можемъ отрицать возможность этихъ выводовъ и въ каждомъ данномъ случаѣ, а слѣдовательно и въ банковскомъ процессѣ. Съ другой же стороны, если мы и признаемъ, что въ дѣйствительности присяжные и не подвергали анализу предложенные имъ вопросы, то мы не можемъ не признать въ этомъ крайне печальнаго явленія, чуждаго истиннымъ интересамъ правосудія. Но въ такомъ случаѣ мы должны указать, что одною изъ причинъ, воспрепятствовавшихъ присяжнымъ войти въ анализъ вопросовъ, могли быть сами вопросы, трудность усвоенія которыхъ могла направить присяжныхъ (при разрѣшеніи вопросовъ), руководствоваться единственно неопредѣленнымъ чувствомъ и общимъ впечатлѣніемъ, основаннымъ

на мнѣніяхъ и вліяніяхъ. Такимъ образомъ, съ какой стороны мы ни посмотрѣли бы на систему указанныхъ вопросовъ по дѣлу ссуднаго банка, мы должны признать, что она далеко не правильна даже въ практическомъ отношеніи. Вопросы должны содѣйствовать, а не противодѣйствовать всестороннему обсужденію дѣла. Чтобы покончить съ подлогами, намъ предстоитъ разсмотрѣть вопросы о подлогахъ отчета за 1874 годъ и состоянія счетовъ за 1875 годъ. Что касается до вопросовъ по подлогу отчета за 1874 годъ, то они поставлены совершенно тождественно съ разсмотрѣнными вопросами. Поэтому наши замѣчанія во всей цѣлости относятся и къ вопросамъ о подлогѣ отчета за 1874 годъ.

Что же касается до подлога состоянія счетовъ за 1875 годъ, то вопросы по этому преступленію касаются только членовъ управленія и бухгалтера. Въ порядкѣ постановки этихъ вопросовъ мы не находимъ тѣхъ неправильностей, въ смыслѣ нарушенія общихъ требованій о постановкѣ вопросовъ, о которыхъ мы только что сказали.

Но какъ эти вопросы, такъ и вышеуказанные, по предмету обвиненія въ подлогахъ, нуждаются въ замѣчаніяхъ другаго рода, одинаково ко всѣмъ имъ относящихся:

Въ вопросахъ о подлогахъ отчетовъ за 1873 и 1874 годы мы замѣтили только одно неудавшееся стремленіе суда къ выдѣленію вопросовъ о событіяхъ преступленій отъ вопросовъ о виновности; въ вопросахъ же о подлогѣ состоянія счетовъ на 1875 годъ это стремленіе суда приведено въ дѣйствительное исполненіе: вопросы о событіи подлога состоянія счетовъ выражены вполнѣ правильно. Такимъ образомъ, въ первомъ случаѣ стремленіе къ выдѣленію вопросовъ о событіяхъ преступленій повело къ путаницѣ и увеличенію количества вопросовъ, а во второмъ—къ одному только увеличенію количества ихъ. Чѣмъ вызывалось выдѣленіе вопросовъ о событіи преступленія подлога отъ виновности въ разсмотрѣнныхъ вопросахъ.

Въ законѣ (754 ст.) указанъ случай, обусловливающій выдѣленіе событія преступленія изъ общаго вопроса о виновности. Практика расширила правило 754 ст.; она установила выдѣленіе вопроса о событіи преступленія въ дѣлахъ о подлогахъ документовъ, и за предѣлы предписанія 754 ст., но лишь тогда, когда отдѣльнаго разрѣшенія вопроса о подложности документа, независимо виновности, зависитъ юридическое значеніе докумен-

та, въ смыслѣ акта, установляющаго извѣстныя гражданскія отношенія.

Въ настоящемъ дѣлѣ рѣчь шла о подлогахъ не гражданскихъ документовъ, а оффиціальныхъ актовъ. Отрицаніе подложности такихъ актовъ исключало только виновность обвиняемыхъ въ подлогѣ лицъ; равнымъ образомъ и утвержденіе подложности такихъ актовъ не разрушало никакихъ гражданскихъ правоотношеній и не имѣло никакого особеннаго значенія помимо виновности обвиняемыхъ. Такимъ образомъ выдѣленіе вопросовъ о событіяхъ преступленій въ банковскомъ процессѣ по отношенію собственно подлоговъ, могло быть вызвано только предписаніемъ 754 ст. уст. уг. суд. Но ст. 754 оправдываетъ выдѣленіе событія преступленія въ особый вопросъ только въ случаѣ сомнѣнія въ дѣйствительности событія преступленія, въ случаѣ сомнѣнія: совершилось ли событіе подлога. О такомъ сомнѣніи во все время процесса никто и не заикался. Судъ также не могъ имѣть сомнѣнія въ невѣрности перенесеніи со счета цѣнныхъ бумагъ на счетъ корреспондентовъ и прочихъ бумагъ, въ дѣйствительности небывшихъ на счету корреспондентовъ. Событіе этихъ невѣрностей удостовѣрено документами и сознаніемъ нѣкоторыхъ обвиняемыхъ. Правда, во время преній высказывались мнѣнія о непреступности этихъ невѣрностей. Но очевидно, что такія мнѣнія не суть сомнѣнія въ дѣйствительности событія, а лишь способъ оспариванія виновности въ подлогѣ. Вслѣдствіе этого слѣдуетъ признать, что выдѣленіе вопросовъ о событіяхъ преступленій въ вопросахъ о подлогахъ сдѣлано безъ всякихъ достаточныхъ и правильныхъ основаній, неоправдываемыхъ и требованіемъ закона. Такое выдѣленіе вопросовъ о событіяхъ слѣдуетъ разсматривать лишь какъ излишество, неоправдываемое и экономіею силъ присяжныхъ.

Стремленіе къ излишеству въ семъ отношеніи явствуетъ и изъ разсмотрѣнія послѣдующихъ вопросовъ.

К. Ан—ровъ.

(*Продолженіе слѣдуетъ.*)

ЗАМѢТКИ ОБЪ ОХРАНѢ ИМУЩЕСТВЪ ПОСЛѢ УМЕРШИХЪ, ПО ДѢЙСТВУЮЩИМЪ РУССКИМЪ ЗАКОНАМЪ.

Поводы къ возникновенію охранительнаго производства.—Случаи когда производится охрана имуществъ, оставшихся послѣ умершихъ.—Опись и передача на храненіе имуществъ.—Прекращеніе охраны и передача имущества наслѣдникамъ и въ опеку.

Законоположенія объ охранѣ имуществъ умершихъ съ одной стороны являются необходимыми для огражденія правъ частныхъ лицъ, для сбереженія ихъ имуществъ, а съ другой могутъ быть весьма стѣснительны для нихъ, задерживая совершеніе между ними разнородныхъ имущественныхъ сдѣлокъ. Въ случаѣ описи имущества наслѣдники умершаго не могутъ уже, до опредѣленія ихъ правъ на наслѣдство подлежащимъ судомъ, распоряжаться имуществомъ умершаго такъ, какъ могъ бы распорядиться имъ самъ собственникъ: исполненіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ умершимъ, отчужденіе принадлежащаго ему имущества пріостанавливается. Между тѣмъ всякая пріостановка въ имущественныхъ отношеніяхъ и распоряженіи имуществомъ, можетъ вредно отразиться на имущественныхъ дѣлахъ, въ особенности если умершій велъ какіе-либо торговые обороты или занимался промыслами, требующими непрерывной дѣятельности. Въ этихъ случаяхъ охрана имуществъ должна производиться со всевозможной осторожностію и самыя постановленія закона въ виду важности затрогиваемыхъ въ этомъ случаѣ имущественныхъ интересовъ частныхъ лицъ должны быть возможно опредѣлительнѣе. Между тѣмъ по справедливости можно сказать, что охранительное судопроизводство только лишь съ введенія судебной реформы получило опредѣленность въ отношеніи юридическомъ, хотя законъ не имѣлъ въ виду создать что либо новое, а лишь

опредѣлилъ кто долженъ заботиться объ охраненіи имуществъ умершихъ и какимъ образомъ. Такъ государственный совѣтъ въ мнѣніи своемъ отъ 14 апрѣля 1866 года выразилъ, что задача законоположеній, образовавшихся въ уставахъ 20 ноября (гл. 1 кн. 4) заключается лишь въ дополненіи «пробѣловъ собственно до процесса относящихся» и въ томъ, чтобы означить съ большею точностію тѣ, собственно до судопроизводства относящіяся правила, коими установленный въ гражданскихъ законахъ порядокъ охраняется и приводится въ дѣйствіе, не измѣняя началъ, выраженныхъ въ X т. I ч.

Такимъ образомъ въ настоящее время правила, опредѣляющія охрану имуществъ и вызовъ наслѣдниковъ, заключаются въ кн. IV гл. 1 уст. гражд. суд., опредѣляющій подвѣдомственность дѣлъ объ охранѣ имуществъ и права и обязанности мировыхъ судей въ этомъ случаѣ; въ кн. II разд. II гл. 3 X т. I ч. (ст. 1222—1295), а равно и въ другихъ статьяхъ того-же раздѣла опредѣляется порядокъ и способы охраны имуществъ умершихъ и вызовъ ихъ наслѣдниковъ; кромѣ того законъ установляетъ спеціальныя правила объ охранѣ имуществъ для лицъ торговаго сословія въ гл. II разд. I уст. тор. (ст. 154—177).

Разсматривая правила объ охранѣ имуществъ умершихъ и вызовы ихъ наслѣдниковъ нельзя не придти къ заключенію, что основныя начала, выраженныя въ нихъ заключаются въ слѣдующихъ положеніяхъ: во 1-хъ въ томъ, что охрана имущества послѣ умершаго и вызовъ его наслѣдниковъ производятся судебной властью (мировыми судьями) лишь въ извѣстныхъ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ (ст. 1226 и 1239 X т. I ч.); и во 2-хъ въ томъ, что охраняется имущество лишь до явки наслѣдниковъ въ теченіе шестимѣсячнаго срока, послѣ котораго имущество поступаетъ во владѣніе наслѣдниковъ или въ опекунское управленіе. Это подтверждается въ томъ-же мнѣніи госуд. совѣта отъ 14 апрѣля 1866 г., въ которомъ сказано, что въ отношеніи случаевъ, когда именно мировой судья приступаетъ къ вызову и къ описи имѣнія, госуд. совѣтъ призналъ необходимымъ удержать дѣйствующее у насъ издревле правило (ст. 1222, 1226, 1239. 1254, 1261 и 1266 X т. I ч.), что открытіе наслѣдства не составляетъ еще повода къ непремѣнному распоряженію о вызовѣ и объ описи и что эти охранительныя дѣйствія совершаются только въ случаяхъ именно въ статьяхъ 1226 и 1239 законовъ гражданскихъ указанныхъ. Второе же основное

положеніе вытекаетъ изъ соображенія ст. 1403, 1408 уст. гр. суд. и ст. 1241 X т. I ч., по смыслу которыхъ черезъ шесть мѣсяцевъ со дня вызова наличные наслѣдники вступаютъ во владѣніе имуществомъ, независимо отъ утвержденія ихъ въ правахъ наслѣдства. Очевидно, что это второе положеніе вытекаетъ изъ перваго, основаннаго, какъ видно изъ приведеннаго мнѣнія госуд. совѣта на издревле существующемъ правилѣ, выраженномъ еще въ указѣ 15 марта 1770 года (Пол. Соб. зак. № 13, 428), по которому наслѣдство утверждается не хожденіемъ заинтересованныхъ лицъ въ подлежащемъ судебномъ мѣстѣ, а самымъ фактомъ смерти наслѣдодателя.

Эти два основныя положенія охранительнаго судопроизводства, какъ выражающія лишь одни общіе принципы, само собою разумѣется, вызываютъ много практическихъ вопросовъ, требующихъ разрѣшенія. Разрѣшаются эти вопросы частію правилами выраженными въ разныхъ статьяхъ закона, а частію, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они отстали отъ постоянно развивающейся экономической и гражданской жизни народа судебною практикою.

Первый вопросъ охранительнаго судопроизводства заключается въ томъ—*кто и по какимъ поводамъ производитъ охрану имущества умершаго собственника и вызываетъ его наслѣдниковъ?*

Вопросъ этотъ разрѣшается положительно ст. 1401 уст. гр. суд., въ силу которой обязанность эта лежитъ на мировыхъ судьяхъ. Опредѣленіе это послѣдовало лишь въ уставахъ 20 ноября; при прежнемъ же судопроизводствѣ, хотя вызовъ наслѣдниковъ и производился судебной властью, но самая охрана имущества, опись и сбереженіе его производилась полиціею. Такой порядокъ производилъ иногда не только столкновеніе полиціи съ судомъ, но не рѣдко разнообразіе въ дѣйствіяхъ, для устраненія котораго государ. совѣтъ въ мнѣніи своемъ отъ 14 апрѣля 1866 г. призналъ полезнымъ сосредоточить охрану имущества умершаго и вызовъ его наслѣдниковъ въ однихъ рукахъ, при чемъ обязанности эти возложить на мировыхъ судей, какъ лицъ стоящихъ всего ближе къ обществу, которыя при томъ, какъ власть единоличная, могутъ дѣйствовать съ большею быстротой, чѣмъ кто-либо другой. При томъ въ этомъ мнѣніи госуд. совѣта выражена мысль, что охранительныя мѣры и вызовъ наслѣдниковъ могутъ быть совершаемы и почетнымъ мировымъ судьей, такъ какъ во многихъ слу-

чаяхъ, ссобенно въ уѣздахъ, можетъ случиться, что участковый судья находится не близко отъ мѣста, гдѣ умеръ собственникъ (ст. 1402 уст. гр. суд.).

Что же касается того, что служитъ поводомъ въ охранѣ имущества, какой внѣшній признакъ того, чтобы мировой судья приступилъ къ охранѣ имущества и вызвалъ наслѣдниковъ, то конечно самый естественный поводъ къ этому составляетъ естественная смерть лица, а равно смерть гражданская, какъ актъ замѣняющій въ гражданскихъ имущественныхъ отношеніяхъ эту естественную смерть. Внѣшніе же признаки, по которымъ мировой судья приступаетъ къ охранѣ имущества указаны въ ст. 1402 уст. гр. суд., на основаніи которой мировой судья приступаетъ къ охранѣ имущества по заявленіямъ частныхъ лицъ, полиціи или прокурора. Ограничиваются ли поводы къ принятію охранительныхъ мѣръ относительно имущества умершаго только этими тремя причинами? Слѣдуетъ ли понимать эту статью въ самомъ тѣсномъ смыслѣ или смотрѣть на выраженные въ ней поводы къ принятію охранительныхъ мѣръ какъ на примѣры не исключающіе другихъ случаевъ? Можетъ ли, напр., мировой судья самъ возбудить охранительныя мѣры безъ сообщенія частныхъ лицъ, полиціи и прокурора? По уставу уголовнаго судопроизводства (ст. 42) мировому судьѣ предоставлено право начинать дѣла по собственному усмотрѣнію, въ видѣ исключенія изъ общаго правила; по уставу гражданскаго судопроизводства ни мировому судьѣ, ни вообще судебной власти подобныхъ правъ не предоставлено, такъ какъ въ противномъ случаѣ это было бы неумѣстнымъ вмѣшательствомъ въ частную жизнь. Охранительный порядокъ не относится ни къ тому, ни къ другому—онъ не есть порядокъ тяжебный, судебный, никто ничего тутъ не отыскиваетъ, никто ничего не нарушаетъ; это есть, такъ называемыя у насъ дѣла судебнаго управленія. А потому мировой судья охрану можетъ сдѣлать и по собственному усмотрѣнію, если она представляется въ данномъ случаѣ необходимою. Это соображеніе подтверждается смысломъ ст. 1401-й, въ которой сказано что охрана производится по распоряженію мироваго судьи, тѣмъ болѣе, что нѣтъ надобности стѣснять кругъ лицъ, которыя могутъ возбуждать охрану имуществъ, единственно указанными въ ст. 1402; на что указываетъ и мнѣніе гос суд. совѣта 14 апрѣля 1866 г., въ которомъ выражено, что весьма желательно увеличить число лицъ, которымъ ввѣрялось бы по-

печеніе о сохраненіи имущества умершихъ. Но само собою разумѣется, что приступать къ принятію охранительныхъ мѣръ мировой судья можетъ и долженъ лишь тогда, когда онъ убѣдится въ существенной необходимости охраны наслѣдства, какъ это положительно разъяснено въ рѣш. Сената 1873 г. № 1157.

По мимо офиціальныхъ лицъ (полиція и прокурора), которымъ поручено сообщать мировому судьѣ объ открывшемся наслѣдствѣ, ст. 1402 указываетъ еще и на то, что ходатайствовать объ этомъ могутъ и частныя лица. Спрашивается: всякое ли частное лицо можетъ настаивать на охранѣ имущества? могутъ ли ходатайствовать объ этомъ лица, несостоящія въ родственныхъ отношеніяхъ къ умершему? Конечно дѣлать заявленія объ охранѣ никому не запрещено, но заявленія эти едва-ли могутъ имѣть офиціальное значеніе: принять или не принять такое заявленіе, дать или не дать имъ ходъ зависитъ отъ мироваго судьи, который долженъ удостовѣриться есть-ли надобность въ охранѣ и затѣмъ уже сдѣлать свое распоряженіе; такъ что тутъ если и можетъ быть охрана имущества, то она будетъ по усмотрѣнію самаго мироваго судьи. Исключеніе въ этомъ случаѣ составляетъ когда умерло лицо торговаго сословія и послѣ него остались долги. Въ этомъ случаѣ ходатайство объ охранѣ предоставляется кредиторамъ умершаго собственника. На это указываетъ ст. 157 уст. торгов., по смыслу которой кредиторы умершаго могутъ по смерти его предъявить въ судѣ количество своихъ исковъ и то что наслѣдниковъ на лицо не видятъ; въ этомъ случаѣ охрана производится при кредиторахъ умершаго. При этомъ если лицо торговаго сословія вело торговлю на чужіе капиталы вообще въ кредитъ, то, по смыслу 163 ст. уст. торгов., заявленіе о принятіи охранительныхъ мѣръ является для его наслѣдниковъ обязательнымъ. За тѣмъ по смыслу статей 1231, 1232 X т. I ч. обязаны сообщать полиціи объ открывшемся наслѣдствѣ хозяева постоялыхъ дворовъ, квартиръ или приказчики ихъ, а въ случаѣ смерти на пароходѣ или другомъ какомъ либо суднѣ, то водоливы, шкипера, командиры пароходовъ и тому подобное. Кромѣ того, если капиталы умершаго находятся въ сохранной казнѣ, то, согласно ст. 1252 X т. I ч. опекунскій совѣтъ по истеченіи пяти лѣтъ со дня окончанія срока долженъ вызвать наслѣдниковъ. Такимъ образомъ подъ заявленіемъ частныхъ лицъ должно разумѣть лишь родствен, никовъ умершаго, заинтересованныхъ въ охранѣ имущества, ко-

торые постановленіе суда, послѣдовавшее на ихъ заявленіе, могутъ обжаловать въ съѣздъ мировыхъ судей въ порядкѣ указанномъ въ ст. 1405—1407 уст. гр. суд. При этомъ надо замѣтить что, въ случаѣ заявленія объ охранѣ имущества умершаго со стороны частнаго лица, это лицо по общему порядку должно представить удостовѣреніе о смерти его, такъ какъ охрана имущества, согласно 1401 ст. уст. гр. суд. только и мыслима въ случаѣ естественной или гражданской смерти лица.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ свѣдѣнія объ открывшемся наслѣдствѣ стекаются къ мировому судьѣ, который по полученіи этихъ свѣдѣній долженъ удостовѣриться слѣдуетъ или нѣтъ принимать охранительныя мѣры относительно имущества и вызывать наслѣдниковъ. Вопросъ, значитъ, въ томъ—*какимъ образомъ должно произойти это удостовѣреніе?* Въ законѣ положительныхъ указаній относительно этого нѣтъ—сказано только, что вызываются наслѣдники мировымъ судьей такихъ-то лицъ и въ извѣстныхъ случаяхъ и больше ничего. Конечно не представляется затрудненія въ томъ случаѣ, если умерло лицо торговаго сословія и охрана производится по требованію кредиторовъ; въ этомъ случаѣ основаніемъ является заявленіе кредиторовъ, которые должны подкрѣпить его надлежащими свѣдѣніями и доказательствами. Равнымъ образомъ не представляется затрудненія тогда, когда собственникъ умеръ въ пути; тутъ ясно, что представляется сомнѣніе въ нахожденіи наслѣдниковъ на лицо и охрана необходима. Но такіе случаи и тому подобные бываютъ не часто, а охрана послѣ умершаго въ пути, можно сказать, есть охрана исключительная. Совсѣмъ другое дѣло когда заявленіе объ охранѣ происходитъ обыкновеннымъ порядкомъ—въ этихъ случаяхъ заявленія поступаютъ почти исключительно отъ полиціи. По полученіи свѣдѣнія о смерти какого-либо лица только и возникаетъ обязанность мироваго судьи, заключающаяся въ вызовѣ наслѣдниковъ и описи имущества въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 1239 X т. I ч. Правила о томъ въ какихъ случаяхъ производится охрана и въ чемъ заключается обязанность мироваго судьи изложены главнымъ образомъ въ X т. 1 ч. законовъ гражданскихъ и составляютъ самую существенную часть постановленій объ охранѣ. Согласно этихъ правилъ не всякая смерть естественная или гражданская влечетъ за собой охрану имущества умершаго собственника; въ этомъ случаѣ законодательство наше держится принципа по

возможности наименьшаго вмѣшательства въ имущественныя отношенія частныхъ лицъ. Статья 1239 X т. 1 ч. предписываетъ вызывать наслѣдниковъ умершаго и сберегать оставшееся имущество до ихъ явки только въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ: 1) когда наслѣдники всѣ или нѣкоторые находятся въ отсутствіи; 2) когда умершій оставитъ капиталъ, внесенный въ сохранную казну, въ государственный, заемный или коммерческій банки и 3) если не выкупилъ вещей заложенныхъ и просроченныхъ въ ссудной кассѣ воспитательнаго дома. Кромѣ того обязательная публикація въ приведенномъ выше случаѣ предусмотрѣна въ 157 ст. уст. торгов. Такимъ образомъ главнѣйшая задача мироваго судьи заключается прежде всего въ опредѣленіи есть ли на лицо хотя одинъ изъ случаевъ, указанныхъ въ статьяхъ 1239 X т. 1 ч. и въ 157 уст. торговаго. Въ законодательствѣ не существуетъ указанія какимъ образомъ мировой судья можетъ удостовѣриться въ существованіи одного изъ приведенныхъ выше случаевъ, влекущихъ охрану имущества умершаго и вызовъ его наслѣдниковъ; въ практикѣ же вопросъ этотъ не выясненъ, что само-собой разумѣется, не можетъ не повлечь за собой затрудненія для судебной власти и нерѣдко путаницу въ примѣненіи закона.

Дѣйствительно выше, было уже замѣчено, что главнымъ, почти исключительнымъ поводомъ къ принятію охранительныхъ мѣръ бываютъ сообщенія полиціи. Сообщенія эти обыкновенно заявляютъ лишь о фактѣ, т.-е. о томъ, что умерло такое то лицо и оставило послѣ себя имущество, а иногда не сообщается и этого послѣдняго. Есть ли основанія принимать охранительныя мѣры, остались ли малолѣтніе, остались ли капиталы, внесенные въ какое-либо кредитное учрежденіе, или заложены вещи въ ссудной кассѣ воспитательнаго дома—изъ заявленій этихъ извлечь совершенно невозможно. Требовать же отъ полиціи какихъ-либо подробныхъ указаній нельзя, такъ какъ собирать эти свѣденія она не обязана (рѣш. Сен. 1868 г., № 602). Такимъ образомъ передъ мировымъ судьею является одинъ лишь голый фактъ того, что умерло такое-то лицо. Какимъ же образомъ мировой судья удостовѣрится въ томъ, что охрана необходима? Какимъ образомъ онъ можетъ собрать всѣ нужныя свѣденія до приступа къ охраненію наслѣдства, когда свѣдѣнія объ этомъ только и могутъ обнаружиться послѣ приведенія въ извѣстность положенія наслѣдства, т.-е. другими словами послѣ производ-

ства охраны? Вслѣдствіе заявленія полиціи о смерти лица передъ мировымъ судьей является лишь одна побудительная причина того, что должны быть приняты охранительныя мѣры, причинъ же къ отмѣнѣ охраны имущества и вызова наслѣдниковъ въ виду его нѣтъ, а такъ какъ охрана имущества является мѣрой экстренной, мѣрой, которая требуетъ быстроты исполненія (мнѣніе госуд. совѣта 16 апр. 1866 г.) и всякое промедленіе со стороны судьи въ охранѣ можетъ влечь за собой расхищеніе имущества и за тѣмъ (согласно рѣш. Сен. 1868 г. № 602) отвѣтственность за всѣ потери и убытки за несвоевременное принятіе охранительныхъ мѣръ, то понятное дѣло, что по полученіи сообщенія о смерти частнаго лица, мировой судья необходимо долженъ поступить согласно 1402, 1403 ст. уст. гр. суд., т.-е. предписать судебному приставу сдѣлать опись, опечатаніе и сбереженіе оставшагося имущества до явки наслѣдниковъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ сдѣлать публикацію о вызовѣ ихъ, такъ какъ обѣ эти мѣры должны быть приняты одновременно. Такимъ образомъ оказывается, что въ каждомъ случаѣ смерти частнаго лица, дошедшемъ до свѣденія мироваго судьи, de facto, имъ необходимо должны быть сдѣланы распоряженія объ охранѣ имущества умершаго, и *на практикѣ поводы къ охранѣ, указанные въ 1239 ст. X т. 1 ч. никогда не предшествуютъ самому охранительному производству, но выясняются уже послѣ принятія охранительныхъ мѣръ*, т.-е. послѣ вызова наслѣдниковъ и приведенія въ извѣстность имущества умершаго и того положенія въ которомъ оно находится. Отсюда вытекаетъ другое положеніе, а именно, что *отсутствіе причинъ къ охранѣ имущества, указанныхъ въ 1239 ст., никогда не служитъ поводомъ къ непринятію охранительныхъ мѣръ, а единственно только къ отмѣнѣ охранительнаго производства по усмотрѣнію самого судьи или по просьбѣ наслѣдниковъ умершаго.*

Несмотря на категорическое точное опредѣленіе случаевъ, когда должны быть принимаемы охранительныя мѣры, вопросъ этотъ весьма нерѣдко представляетъ на практикѣ затрудненія и неоднократно доходилъ на разрѣшеніе кассаціоннаго департамента правительствующаго Сената. Само собой разумѣется, что всѣ встрѣчающіеся на практикѣ случаи невозможно подвести подъ какіе нибудь точныя категоріи, но наиболѣе встрѣчающіеся изъ нихъ слѣдующіе: 1) когда не оказывается никакого имущества; 2) когда оставлено духовное завѣщаніе; 3) когда всѣ наслѣдники

находятся на лицо, но между ними есть малолѣтніе; 4) когда трудно опредѣлить находятся ли наслѣдники на лицо или нѣтъ и 5) когда свѣденіе о смерти частнаго лица дошло до мироваго судьи тогда когда одинъ или нѣсколько наслѣдниковъ владѣютъ наслѣдственнымъ имуществомъ фактически.

Вызовъ наслѣдниковъ производится мировымъ судьей лично черезъ припечатаніе въ губернскихъ вѣдомостяхъ и сенатскихъ объявленіяхъ, опись же имущества и опечатаніе производятся, согласно 1403 ст. уст. гр. суд., мировымъ судьей черезъ судебнаго пристава, которому на этотъ предметъ мировой судья даетъ надлежащее предписаніе. Такимъ образомъ приведеніе въ извѣстность имущества умершаго и наличность наслѣдниковъ производятся судебнымъ приставомъ. На практикѣ весьма не рѣдко бываютъ случаи, что судебный приставъ, приступивъ къ описи имущества, никакого имущества не находитъ и получаетъ отъ наслѣдниковъ заявленіе, что послѣ умершаго имущества не оказывается; въ этомъ случаѣ судебнымъ приставомъ составляется журналъ, который за тѣмъ и представляется имъ на усмотрѣніе мироваго судьи. Въ подобнаго рода случаѣ мировой судья долженъ прекратить всѣ охранительныя дѣйствія и отмѣнить постановленіе свое о принятіи охранительныхъ мѣръ, такъ какъ согласно 1225 ст. X т. I ч. самая охрана заключается въ описи имущества, при чемъ по смыслу рѣшенія Сената 1873 г. № 70 журналъ судебнаго пристава о томъ, что имущества подлежащаго охранѣ не оказалось и неуказаніе наслѣдниками этого имущества признается достаточнымъ для отмѣны охранительныхъ мѣръ.

Во вторыхъ при описи имущества, оставшагося послѣ умершаго можетъ оказаться духовное завѣщеніе въ пользу одного или нѣсколькихъ наслѣдниковъ; въ этомъ случаѣ судебный приставъ по смыслу ст. 952 уст. гр. суд. и другихъ, опредѣляющихъ порядокъ исполненія опредѣленій суда, не въ правѣ пріостанавливаться исполненіемъ, а долженъ немедленно увѣдомить о томъ мироваго судью, которому представляетъ и самое завѣщаніе; объ отмѣнѣ же охранительныхъ мѣръ по общему порядку могутъ ходатайствовать лишь наслѣдники, а равно мѣры эти могутъ быть отмѣнены и самимъ мировымъ судьей безъ просьбы сторонъ на основаніи 1226 ст. X т. I ч.; при чемъ духовное завѣщаніе согласно 1233 ст. X т. I ч. должно быть передано

наслѣдникамъ или душеприкащику. При опредѣленіи же вопроса о томъ слѣдуетъ или не слѣдуетъ производить охрану имущества, при существованіи духовнаго завѣщаніе, должно различать: во 1-хъ находятся ли на лицо наслѣдники и есть ли между ними малолѣтніе и во 2-хъ составлено ли завѣщаніе явочнымъ или домашнимъ порядкомъ. Въ 1-мъ случаѣ мировой судья долженъ исключительно руководствоваться ст. 1239 и 1226 X т. I ч., такъ какъ въ случаѣ отсутствія наслѣдниковъ, тѣмъ болѣе имущество должно подлежать охранѣ, такъ какъ могутъ незаконно завладѣть не только сторонніе лица, но и родственники умершаго, находящіеся на лицо; при существованіи же малолѣтнихъ имущество во всякомъ случаѣ подлежитъ описи. Но если наслѣдники, назначенные по завѣщанію, находятся на лицо и совершеннолѣтніе, и завѣщаніе совершенно нотаріальнымъ порядкомъ, то понятное дѣло, что въ принятіи охранительныхъ мѣръ не представляется никакой надобности и онѣ должны быть отмѣнены. Что же касается того случая, когда духовное завѣщаніе составлено домашнимъ порядкомъ и не засвидѣтельствовано, то оно какъ и всякій домашній актъ можетъ быть оспариваемо; кромѣ того въ немъ могутъ быть сдѣланы распоряженія относительно родоваго имущества, отказаннаго постороннимъ лицомъ, и тому подобное. Въ этомъ случаѣ мировой судья долженъ принять мѣры къ охранѣ имущества, на это указываетъ рѣш. гр. касс. деп. Сената 1874 г. № 468 (по дѣлу Добржанской), въ которомъ разъяснено, что «мѣры охраненія должны быть принимаемы и тогда, когда осталось послѣ умершаго завѣщаніе еще не засвидѣтельствованное (см. также рѣш. Сената 1867 года № 684).

При существованіи духовнаго завѣщанія, оставшагося послѣ умершаго, можетъ случиться, что противъ этого завѣщанія заявятъ споръ о подлогѣ; долженъ ли мировой судья въ этомъ случаѣ пропзводпть охрану имущества, если завѣщаніе составлено нотаріальнымъ порядкомъ. Вопросъ этотъ разрѣшается ст. 1098—1100 X т. I ч. и 2-ѣ 1226, такъ какъ согласно этимъ статьямъ когда предъявленъ споръ противъ духовнаго завѣщанія въ томъ, что оно составлено подложно, или въ томъ что завѣщаны имѣнія родовыя, имѣнія эти должны поступить въ опекунское управленіе, а стало быть на основаніи 1226 ст. X т. I ч. должны подлежать охранѣ (рѣшен. Сената 1867 г. № 347, 1868 г. № 448 и 1871 г. № 945). Самое же пропзводство о подлогѣ на осно-

ваніи примѣчанія къ 1001 ст. X т. I ч. производится по правиламъ, указаннымъ въ уставѣ гражданскаго судопроизводства.

Затѣмъ въ 3-хъ при охранительномъ производствѣ послѣ умершаго можетъ быть случай, что дѣйствительно наслѣдники находятся всѣ на лицо, но между ними есть малолѣтніе. Сравнивая для разъясненія этого обстоятельства ст. 1226 и 1239 X т. I ч., находимъ, что въ этомъ случаѣ по ст. 1226 опись имущества должна быть произведена, такъ какъ имущество должно поступить въ опекунское управленіе, вызовъ же наслѣдниковъ не дѣлается, такъ какъ въ 1239 ст. X т. I ч. малолѣтство наслѣдниковъ не служитъ причиной къ вызову ихъ; между тѣмъ по смыслу 1403 ст. уст. гражд. судопр. объ мѣры охраненія, указанныя въ 1225 ст. X т. I ч., т. е. вызовъ наслѣдниковъ и опись имущества должны быть приняты одновременно и, если есть вызовъ, то должна быть и опись имущества и на оборотъ. Спрашивается какимъ же образомъ долженъ поступить въ этомъ случаѣ мировой судья? Обращаясь къ практикѣ, къ рѣшеніямъ Сената, разъясняющимъ этотъ вопросъ, нельзя не придти къ убѣжденію что Сенатъ въ этомъ случаѣ стоитъ на возможно меньшемъ стѣсненіи частныхъ лицъ и въ этомъ смыслѣ даетъ толкованіе закона. Такъ въ рѣшен. гражд. кас. департ. прав. Сената 1873 года № 1157 по д. Полежаева Сенатъ разъяснилъ, что охранительныя мѣры должны быть: 1) когда при описи наслѣдниковъ на лицо не будетъ или есть сомнѣніе, что они находятся въ отсутствіи; 2) когда имущество должно поступить въ опекунское управленіе; 3) когда останется капиталъ, внесенный въ сохранную казну или въ госуд. банкъ и 4) когда не выкуплены вещи, заложенныя въ ссудной кассѣ воспитательнаго дома. Но при этомъ Сенатъ выразилъ, что «не подлежитъ сомнѣнію, что мѣры, предписанныя закономъ для обезпеченія собственника наслѣдства и огражденія интересовъ лицъ неполноправныхъ полезны и во многихъ случаяхъ необходимы, но несомнѣнно и то, что мѣры эти иногда крайне стѣснительны и тягостны для наличныхъ полноправныхъ членовъ семейства и потому принимать ихъ слѣдуетъ тогда только, когда они вызываются законною дѣйствительною необходимостью; опредѣленіе же сей необходимости надлежитъ предоставить ближайшему, основанному на законѣ, усмотрѣнію мироваго судьи». Такимъ образомъ одно существованіе малолѣтнихъ наслѣдниковъ не служитъ еще непремѣннымъ поводомъ къ охранѣ имущества,

если по ближайшему усмотрѣнію несомнѣнно, что нѣтъ никакой опасности въ томъ, чтобы имущество могло быть растрачено или растеряно, хотя конечно, по смыслу рѣшенія Сената 1868 № 602 отвѣтственность въ случаѣ ущерба лежитъ все-таки на мировомъ судьѣ.

Но случаи, когда мировому судьѣ очень хорошо извѣстно положеніе наслѣдства послѣ умершаго вообще бываютъ рѣдко; въ большинствѣ случаевъ ему до сообщенія объ этомъ судебнаго пристава ничего не извѣстно, да и судебный приставъ въ сообщеніи мировому судьѣ руководствуется однимъ лишь заявленіемъ частныхъ лицъ о томъ—въ отсутствіи или на лицо находятся наслѣдники. А такъ какъ заявленія эти обыкновенно не подкрѣпляются никакими доказательствами, то въ большинствѣ случаевъ всегда является сомнѣніе въ томъ — находятся ли наслѣдники на лицо или нѣтъ, и есть-ли между ними малолѣтніе; а узнать о томъ—есть ли капиталы въ кредитныхъ учрежденіяхъ или въ ссудной кассѣ воспитательнаго дома можно единственно лишь послѣ производства описи. Въ случаѣ же сомнѣнія по смыслу приведеннаго выше рѣшенія Сената 1873 г., № 1157 должно быть охранено имущество, и такимъ образомъ, строго руководствуясь закономъ, *de facto*, *опись*, *а стало быть*, *и публикація производятся въ каждомъ случаѣ, если нѣтъ неоспоримаго нотаріальнаго духовнаго завѣщанія и есть какое-либо имущество*, и если и можетъ быть отмѣнена, то лишь по просьбѣ частнаго лица.

Вообще говоря, хотя опись и публикація представляютъ немалое стѣсненіе для частныхъ лицъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ представляютъ и немалыя выгоды для наслѣдниковъ, такъ что на практикѣ наслѣдники нерѣдко сами ходатайствуютъ о производствѣ описи и публикаціи при отсутствіи условій, выраженныхъ въ 1226 и 1239 ст. X т. 1 ч. Выгоды эти заключаются во 1) въ болѣе точномъ опредѣленіи наслѣдственнаго имущества, что облегчаетъ раздѣлъ между наслѣдниками, а во 2) главнымъ образомъ въ томъ, что охрана ведетъ за собой несомнѣнно къ болѣе точному опредѣленію правъ на наслѣдство, способствуетъ къ тому, что права эти необходимо должны опредѣлиться подлежащимъ судомъ и за тѣмъ твердо укрѣпиться за наслѣдниками. Въ виду этихъ интересовъ и являются ходатайства самихъ наслѣдниковъ объ охранѣ ихъ правъ, хотя по смыслу закона въ охранѣ этихъ правъ и не представляется надобности. Отсюда

является весьма нерѣдко встрѣчающійся въ практикѣ вопросъ—*подлежитъ-ли удовлетворенію просьба наслѣдниковъ объ охранѣ имущества, когда они уже фактически вступили во владѣніе этимъ имуществомъ?* Выше было уже объяснено, что наши законы объ охранительномъ судопроизводствѣ установляютъ принципъ возможно меньшаго стѣсненія частныхъ лицъ, предписывая производить охрану единственно въ случаяхъ указанныхъ въ законѣ и при томъ лишь при необходимости къ этому, а потому при разрѣшеніи этого вопроса и надо имѣть въ виду это правило. Правда въ законѣ нѣтъ указанія на то, что въ случаѣ вступленія наслѣдниковъ во владѣніе наслѣдствомъ фактически охрана и вызовъ невозможны, такъ какъ въ 1401 ст. уст. гр. суд. сказано, что охрана производится въ указанныхъ въ 1239 ст. X т. 1 ч. случаяхъ, не упоминая о томъ вступили или нѣтъ наслѣдники во владѣніе имуществомъ и когда умеръ наслѣдодатель, но тѣмъ не менѣе практика Сената установляетъ правило, въ силу котораго охрана въ этомъ случаѣ является излишней (см. рѣш. Сената 1872 г. № 9, 1870 г. № 1872, 1873 № 361), Такимъ образомъ въ рѣшеніи 1873 г. № 361 Сенатъ выяснилъ, что «установленныя закономъ мѣры охраненія наслѣдства могутъ быть принимаемы лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество, оставшееся послѣ умершаго вотчинника составляетъ въ тѣсномъ и буквальномъ смыслѣ слова *открывшееся наслѣдство*, т. е. когда никто еще не вступилъ въ права умершаго по владѣнію его имуществомъ; когда же напротивъ имущество уже поступило во владѣніе другаго лица по праву законнаго наслѣдованія или въ силу завѣщанія умершаго вотчинника и составляетъ уже не открывшееся наслѣдство въ тѣсномъ смыслѣ этого выраженія, а фактическую принадлежность дѣйствительнаго владѣльца онаго, охранительныя мѣры въ отношеніи этого имущества не имѣютъ уже мѣста, потому что не могутъ нарушать существующихъ правъ владѣльца, хотя бы онъ вступилъ во владѣніе имѣніемъ и безъ утвержденія въ правахъ наслѣдства». Точно также въ рѣш. Сената 1872 г. № 1048 разъяснено, что законъ имѣетъ въ виду охрану имуществъ отъ растраты и расхищенія, а существеннымъ условіемъ для этого является принятіе сихъ мѣръ *немедленно послѣ смерти лица.* Въ силу этихъ соображеній мировой судья не только не обязанъ, но и не долженъ принимать охранительныя мѣры относительно имущества умершаго, если оно поступило фактически въ владѣніе наслѣдниковъ. Между

тѣмъ наслѣдники, не смотря на это все-таки весьма часто ходатайствуютъ о принятіи охранительныхъ мѣръ и о вызовѣ и по вступленіи фактически во владѣніе наслѣдствомъ; причина этого заключается въ томъ, что судъ безъ представленія удостовѣренія о публикаціи въ теченіи шестимѣсячнаго срока, или свидѣтельства о томъ, что наслѣдники такіе-то и находятся на лицо, не утверждаетъ въ правахъ наслѣдства (ст. 1241 X т. 1 ч.), а безъ этого акта судебной власти наслѣдники не могутъ производить съ своимъ имуществомъ многихъ весьма важныхъ экономическихъ операцій, такъ напр. не могутъ отчуждать его и закладывать. Вслѣдствіе этихъ то причинъ охраны производятся и наслѣдники вызываются весьма часто мировыми судьями и въ тѣхъ случаяхъ, когда въ этомъ и нѣтъ особенной надобности. Подобный вопросъ былъ и въ разсмотрѣніи Сената, а именно по дѣлу Драгичевича Нихемича (1872 г. № 1048), который въ жалобѣ своей Сенату объяснялъ, что просьба его не есть просьба объ охраненіи наслѣдства, но лишь прямое слѣдствіе закона, по силѣ котораго безъ вызова наслѣдниковъ не можетъ послѣдовать утвержденія въ наслѣдственныхъ правахъ, но не смотря на это Сенатъ оставилъ просьбу его безъ уваженія, такъ какъ существеннымъ условіемъ для охраны является принятіе сихъ мѣръ немедленно послѣ смерти лица.

Разсматривая этотъ вопросъ съ практической точки зрѣнія нельзя не придти къ заключенію, что въ этомъ случаѣ для удобства необходимо установить вызовъ наслѣдниковъ и безъ совершенія описи и ареста имущества, во всѣхъ случаяхъ, когда остается недвижимое имущество, или же измѣнить порядокъ утвержденія въ правахъ наслѣдства, не требуя отъ наслѣдниковъ непремѣнно во всѣхъ случаяхъ представленія удостовѣренія о публикаціи.

Что же касается до производства охранительной описи, то она совершается по правиламъ, указаннымъ въ ст. 1403 и 1404 уст. гр. суд., т. е. по порученію мироваго судьи судебнымъ приставомъ согласно общаго порядка ареста имущества, указаннаго въ ст. 980—990, 1094, 1103—1114 уст. гр. суд. Сверхъ этихъ общихъ правилъ установлены еще разнаго рода спеціяльныя правила по производству описи въ разныхъ частныхъ случаяхъ въ ст. 1228—1238 X т. I ч., а равно въ статьяхъ 163—165 и 171—173 уст. торговаго. Кромѣ того общія правила описи имущества по смерти собственника установлены ст. 1227 X

т. I ч. и ст. 1862—1873 II ч. X т., по которымъ опись производится по распоряженію губернскаго начальства или въ извѣстныхъ случаяхъ временнымъ отдѣленіемъ земскаго суда при полицейскомъ чиновникѣ и двухъ или трехъ свидѣтеляхъ изъ того сословія, къ которому принадлежалъ умершій. Въ настоящее же время тамъ, гдѣ введены уставы 20 ноября, опись производится по правиламъ, установленнымъ въ этихъ уставахъ. Само собою разумѣется, что на практикѣ не рѣдко встрѣчаются вопросы, не предусмотрѣнные закономъ и требующіе разъясненія. Общимъ же правиломъ при описи является то, что *она производится тѣмъ же порядкомъ какъ и опись въ случаѣ ареста за долги* и тому подоб., между тѣмъ какъ опись въ случаѣ охраны имѣетъ другой характеръ и разнится отъ первой тѣмъ, что при описи въ этомъ послѣднемъ случаѣ нерѣдко нѣтъ стороны, такъ какъ наслѣдники иногда при производствѣ описи налицо не находятся. При томъ если и есть налицо наслѣдники, то они могутъ быть малолѣтніе или наконецъ можетъ быть не въ ихъ интересахъ указывать подлежащее описи имущество. Въ этомъ случаѣ само собою разумѣется можетъ быть описано имущество, лишь находящееся налицо въ моментъ смерти собственника, по правиламъ, указаннымъ въ уставѣ гражданскаго судопроизводства при полиціи и сторонникъ людяхъ. При этомъ сами наслѣдники имѣютъ полное право всегда указать имущество подлежащее описи и не находящееся въ виду судебнаго пристава, а, въ случаѣ невключенія его въ опись, жаловаться порядкомъ, указаннымъ въ ст. 1405 уст. гр. суд. Но кромѣ того можетъ быть и противоположный случай, а именно *имущество можетъ быть описано чужое, не принадлежащее умершему.* Случаи эти встрѣчаются весьма нерѣдко въ практикѣ и при томъ не опредѣлены съ достаточною ясностію закономъ. Дѣйствительно въ законѣ, хотя и предусмотрѣны подобнаго рода случаи, а именно въ сей 1092, 1197—1201 уст. гр. суд., но всѣ эти законоположенія имѣютъ въ виду противную сторону, при чемъ согласно сей 1092 и 1198 по иску третьяго лица вызываются должникъ и взыскатель и затѣмъ дѣло идетъ обыкновеннымъ порядкомъ. Между тѣмъ какъ въ охранительномъ производствѣ противной стороны можетъ и не быть—наслѣдники могутъ быть малолѣтніе, находиться въ отсутствіи и наконецъ могутъ не указывать сами наслѣдства. Во всякомъ случаѣ заявленія третьихъ лицъ о принадлежности имъ описы-

ваемаго имѣнія, по смыслу 965, 1091 и 1199 уст. гр. суд. не пріостанавливаетъ дѣйствій судебнаго пристава; при чемъ въ случаѣ заявленія третьимъ лицомъ претензіи на описанное имущество судебный приставъ дѣлаетъ лишь отмѣтку объ этомъ въ описи (ст. 990). Для правильнаго разрѣшенія этого вопроса на практикѣ, мнѣ кажется, надо имѣть въ виду два случая—во 1-хъ, *когда наслѣдниковъ нѣтъ или хотя и находятся налицо, но не указываютъ имущества и не настаиваютъ на описи его*, и во 2-хъ, *когда спорное имущество описано судебнымъ приставомъ по указанію и настоянію наслѣдниковъ умершаго собственника*.

Въ первомъ случаѣ можетъ быть подана со стороны третьяго лица лишь частная жалоба на опись въ срокъ, указанный въ ст. 963 мировому судьѣ, постановленіе котораго исполняетъ приставъ съ представленіемъ надлежащихъ доказательствъ и за тѣмъ на постановленіе судьи можетъ быть подана жалоба въ съѣздъ (ст. 1405). На это указываетъ рѣш. Сената 1871 г. № 152, по смыслу котораго третьи лица могутъ приносить жалобы «на постановленіе мироваго судьи съѣзду мировыхъ судей, такъ какъ такое распоряженіе не можетъ быть предоставлено исключительно личному усмотрѣнію судьи безъ повѣрки высшей инстанціей». Точно также и въ рѣшеніи 1873 г. № 621 по дѣлу Голлендера Сенатъ разъяснилъ, что по смыслу ст. 1405 уст. гр. суд. опредѣленія мировыхъ судей по охранѣ имуществъ постановляются въ частномъ порядкѣ судопроизводства и могутъ быть обжалованы съѣзду согл. 167—169 ст.; а такъ какъ частное опредѣленіе можетъ быть, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, отмѣнено самимъ судьей, въ слѣдствіе чего по смыслу этого рѣшенія правильнымъ представляется опредѣленіе мироваго судьи объ освобожденіи отъ ареста дома, описаннаго какъ принадлежавшій умершему Зейденау Голлендеру, между тѣмъ какъ оказалось послѣ, что домъ находится во владѣніи Насона Голлендера. Другое дѣло, если наслѣдники указываютъ прямо на принадлежности извѣстнаго имущества умершему, тогда какъ на имѣніе это заявило претензію третье лицо. Въ этомъ случаѣ является уже споръ, который и долженъ быть разрѣшаемъ не иначе какъ въ порядкѣ, указанномъ въ статьяхъ 1092, 1197 и 1198 уст. гр. суд. Въ этомъ случаѣ искъ долженъ быть предъявленъ къ наслѣдникамъ, которымъ по смыслу ст. 1254 Хт. I ч. право на наслѣдство принадлежитъ со дня смерти наслѣдодателя, такъ что они со дня смерти его становятся какъ бы собствен-

никами оставшагося имущества. На это указываетъ рѣш. Сената 1873 года № 251, по дѣлу Григорія Крошки, изъ котораго видно, что судебный приставъ описалъ въ числѣ другаго имущества умершаго Григорія Крошки половину жилаго грунта казака Коцуры, который вмѣсто принесенія жалобы въ срокъ, установленный 965—967, 167 и 1405 ст. уст. гр. суд. предъявилъ искъ къ наслѣдникамъ Григорія Крошки—Ивану и Григорію Крошкамъ въ срокъ, указанный въ 4 и 29 ст. уст. гр. суд.; вслѣдствіе чего съѣздъ по производствѣ дѣла и возстановилъ его нарушенное владѣніе; Сенатъ дѣйствія мироваго судьи и съѣзда призналъ правильными и жалобу отвѣтчиковъ Ивана и Григорія Крошекъ оставилъ безъ послѣдствій. Но само собою разумѣется, что предъявленіе исковъ къ наслѣдникамъ со стороны лицъ, у которыхъ описано принадлежащее имъ имущество въ числѣ имущества наслѣдодателя, должно послѣдовать по подсудности съ соотвѣтственными предмету иска доказательствами. Вслѣдствіе этого Сенатъ въ рѣшеніи его 1874 г. № 498 отмѣнилъ рѣшеніе новгородскаго съѣзда, который призналъ описанную въ числѣ другаго имущества умершаго собственника кузницу не принадлежащею ему и его наслѣдникамъ по нарушенію съѣздомъ 409 ст. уст. гр. суд., такъ какъ съѣздъ основалъ рѣшеніе на спросѣ свидѣтелей. Такимъ образомъ въ случаѣ описи имущества по указанію наслѣдниковъ *искъ объ освобожденіи этого имущества отъ ареста можетъ быть предъявленъ къ наслѣдникамъ согласно 1092, 1197 ст. уст. гр. суд., по подсудности, по роду и цѣнѣ иска* (см. также рѣш. Сен. 1873 г. № 1029).

По производствѣ описи имущество сдается установленнымъ порядкомъ хранителю (ст. 1009—1015, 1128, 1130 и 1131 уст. гражд. суд.), конечно въ большей части случаевъ самимъ наслѣдникамъ; причемъ хранитель на общемъ основаніи отвѣчаетъ за цѣлость охраняемаго имѣнія и за полученные съ него доходы. По прошествіи же установленнаго срока и по утвержденіи въ правахъ наслѣдства имѣніе передается наслѣдникамъ, которымъ хранитель обязанъ представить отчетъ объ управленіи этимъ имѣніемъ (рѣшен. Сен. 1873 г. № 900 по д. Котельниковой). Если же по смерти владѣльца имѣніе должно поступить въ опеку, то на храненіе оно должно быть сдано опекунамъ (ст. 1235 X т. I ч.). Что же касается душеприкащиковъ, то имущество умершаго передается имъ только по предъявленіи

судебнаго постановленія, утверждающаго ихъ права на приведеніе въ исполненіе духовнаго завѣщанія (рѣшен. Сен. 1867 г. № 177). Нѣсколько особенныя правила существуютъ относительно передачи имущества въ случаѣ смерти лица торговаго сословія. По смыслу ст. 159 уст. тор., если наслѣдники явятся тотчасъ и удовлетворятъ кредиторовъ лица торговаго званія, то имущество выдается имъ, а если, явясь, пожелаютъ осмотрѣться, то дается сроку мѣсяцъ, по истеченіи котораго, если наслѣдники вступятъ и обяжутся платить долги, то имѣніе распечатывается. Равнымъ образомъ кромѣ того, если существовало торговое товарищество, то по силѣ—758 ст. уст. торг., поставляется въ обязанность хозяину или товарищу торговаго дома назначать лицо «долженствующее заступить въ случаѣ смерти его мѣсто для производства общей торговли и тому подобное». Таковы правила о передачѣ имѣнія наслѣдникамъ лица торговаго сословія послѣ его смерти; но правила эти имѣютъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда послѣ лица торговаго сословія не откроется несостоятельности, такъ какъ въ этомъ случаѣ наслѣдованія не можетъ быть. За тѣмъ согласно 1234 ст. X т. I ч. послѣ кончины архіереевъ настоятелей или настоятельницъ монастырей ризничія вещи, если не сдѣлано особаго распоряженія, передаются въ собственность каѳедральнаго собора или монастырей, а прочее имѣніе описывается и до явки въ срокъ наслѣдниковъ сохраняется за ключами одного изъ членовъ консисторіи и экономa архіерейскаго дома и печатью консисторіи, а деньги кладутся въ одно изъ кредитныхъ учрежденій и билетъ на нихъ хранится въ консисторіи; движимое имущество лицъ духовнаго званія и другихъ вѣдомствъ сохраняются подъ наблюденіемъ полиціи или мѣстнаго управленія, къ вѣдомству котораго принадлежалъ умершій (1237 ст. X т. I ч.). Въ случаѣ смерти лица, послѣ котораго остались фабрики и заводы, если наслѣдники совершеннолѣтніе, то они поступаютъ въ его распоряженіе, если же всѣ или нѣкоторые несовершеннолѣтніе, или произойдетъ споръ между ними; то они отдаются въ распоряженіе лица, которое завѣдывало ими передъ смертью собственника, а если завѣдывалъ самъ хозяинъ, то ближайшему его помощнику (ст. 1238 X т. I ч.); сверхъ того въ этомъ случаѣ примѣняются правила, указанныя въ уставѣ торговомъ (170—177 и 758—861).

Сбереженіе имущества до явки наслѣдниковъ есть сохраненіе

его отъ растраты и сохраненіе его цѣнности, а потому цѣль охраненія не заключается непремѣнно въ томъ только, чтобы доставить его въ томъ видѣ, какъ оно осталось послѣ умершаго, но передать его съ той же цѣнностью какую оно имѣло въ моментъ смерти; поэтому, если послѣ умершаго собственника останутся вещи подлежащія порчѣ и тлѣнію, то въ этомъ случаѣ примѣняются мировымъ судьей мѣры, указанныя въ ст. 971 и 1028 уст. гр. суд., а именно можетъ быть продано съ аукціоннаго срока и деньги положены на храненіе въ кредитное установленіе (см. рѣш. Сен. 1869 г. № 649).

Изъ всего вышензложеннаго оказывается, что въ охранѣ имуществъ вполнѣ примѣняются правила, установленныя вообще для ареста имущества при приведеніи въ исполненіе рѣшеній судебныхъ мѣстъ, такъ что имущество остается, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, арестованнымъ и опечатаннымъ и тѣмъ самымъ устраняется всякое распоряженіе этимъ имуществомъ со стороны наслѣдниковъ и отчасти даже владѣніе имъ (наприм. когда деньги положены въ кредитное учрежденіе, когда отдается на храненіе постороннему лицу, которое собираетъ и доходы съ него, и тому подобное). Надо замѣтить, что такой порядокъ нельзя назвать нормальнымъ, такъ какъ опись и опечатаніе имущества послѣ умершаго собственника по существу своему разнится отъ описи имущества за долги: въ послѣднемъ случаѣ имущество отчуждается изъ владѣнія должника, оно становится по существу своему какъ бы собственностію кредиторовъ, между тѣмъ какъ въ 1-мъ случаѣ (за исключеніемъ несостоятельности). Этого нѣтъ,—напротивъ имущество по ст. 1254 X т. I ч. считается собственностію наслѣдниковъ со дня смерти наслѣдодателя, а потому арестъ какъ мѣра охраны долженъ быть гораздо мягче ареста для продажи за долги. Вслѣдствіе этого мнѣ кажется, что при охранѣ имуществъ, особенно если оно сдается на храненіе наслѣдникамъ, опечатаніе его должно вести лишь къ излишнему стѣсненію наслѣдниковъ въ теченіе такаго долгаго времени какъ шестимѣсячный срокъ, а иногда и долѣе. Такъ что лучше было бы установить правила лишь для приведенія въ извѣстность имущества, а не для ареста, а послѣдній установитъ лишь тогда, когда можно предполагать, что возникнетъ споръ между наслѣдниками или если изъ нихъ на лицо никого не имѣется.

По приведеніи въ извѣстность имущества умершаго собствен-

ника и припечатаніи объявленія о вызовѣ наслѣдниковъ его, имущество это должно находиться по смыслу 1241 ст. X т. I ч. въ вѣдѣніи мироваго судьи въ теченіи шестимѣсячнаго срока, по истеченіи котораго поступаетъ уже въ распоряженіе наличныхъ наслѣдниковъ. Примѣненіе этаго правила неминуемо влечетъ за собой возникновеніе слѣдующихъ вопросовъ, а именно: чѣмъ долженъ руководствоваться мировой судья при разрѣшеніи того, что явившіеся къ нему есть дѣйствительно наслѣдники? *долженъ ли онъ непремѣнно требовать отъ нихъ доказательства признанія ихъ наслѣдниками подлежащей судебной властью и уже тогда только выдать имъ имущество?* и затѣмъ *какимъ образомъ должно быть передано имущество наслѣдникамъ?* Правила о передачѣ охраненнаго имущества наслѣдникамъ являются на практикѣ нѣсколько неопредѣленными и затруднительными. Вотъ по какимъ соображеніямъ. По смыслу ст. 1241 и 1164 X т. I ч. если наслѣдники не явятся въ теченіи полугода со дня публикаціи за полученіемъ имущества, то оно сдается по принадлежности въ опекунское управленіе; между тѣмъ наслѣдники утвердиться въ правахъ наслѣдства только и могутъ по истеченіи полугода со дня публикаціи. Такимъ образомъ тотчасъ за истеченіемъ полугодоваго срока они ни въ какомъ случаѣ не могутъ явиться за полученіемъ наслѣдства и, стало быть, имущество должно поступить въ опекунское управленіе. Между тѣмъ какъ цѣль закона очевидна не такова, такъ какъ самое положеніе статьи 1164 въ отдѣлѣ, установляющемъ правила о наслѣдствѣ «въ имуществахъ выморочныхъ», указываетъ на то, что опека (если нѣтъ малолѣтнихъ) должна быть лишь въ томъ случаѣ, когда совершенно нѣтъ въ виду наслѣдниковъ. Такъ что на практикѣ никогда не сдается въ опеку имущество умершаго тотчасъ по истеченіи шести мѣсяцевъ. Въ теченіе же этаго срока наслѣдники, буде они есть, только заявляютъ мировому судьѣ о своихъ правахъ безъ требованія имущества для того только, чтобы онъ имѣлъ въ виду это обстоятельство и берутъ отъ судьи удостовѣреніе о томъ, что сдѣлана публикація и когда именно: за тѣмъ вопросъ о передачѣ имущества наслѣдникамъ усложняется еще тѣмъ кореннымъ правиломъ, которое положено въ основу нашихъ законовъ о наслѣдствѣ, а именно, что для наслѣдниковъ не обязательно утверждаться въ правахъ наслѣдства; правила, выраженнаго, между прочимъ, въ ст. 1408 уст. гр. суд., въ которой сказано,

что явившіеся наслѣдники, «*если считаютъ необходимымъ*» обратиться для опредѣленія ихъ правъ на наслѣдство, обращаются къ суду по подсудности. По видимому по смыслу ст. 1408 уст. гр. суд. акта судебной власти для признанія правъ наслѣдниковъ можетъ и не быть, такъ какъ статьей этой предоставлено на волю самихъ наслѣдниковъ обращаться или не обращаться для опредѣленія ихъ правъ къ подлежащему суду, отъ воли ихъ зависитъ утверждаться или нѣтъ въ правахъ наслѣдства. Но не смотря на это мировой судья все-таки можетъ войти въ разсмотрѣніе правъ ихъ на наслѣдство и опредѣлить права наслѣдниковъ въ порядкѣ безспорномъ лишь въ томъ случаѣ, когда оставшееся послѣ умершаго имущество движимое, цѣнностію не болѣе пятисотъ рублей; въ противномъ же случаѣ признаніе правъ на наслѣдство въ порядкѣ безспорномъ по ст. 29 и 215 уст. гр. суд. должно принадлежать окружному суду. Вслѣдствіе этого мировой судья по заявленіи ему правъ на наслѣдство, опредѣляетъ эти права въ порядкѣ безспорномъ и затѣмъ выдаетъ имущество по принадлежности лишь тогда, когда цѣнность его не превышаетъ 500 рублей и оно движимое, въ противномъ случаѣ долженъ требовать отъ наслѣдниковъ акта другой судебной власти, узаконившей ихъ права на наслѣдство, а именно окружнаго суда. Это подтверждается рѣшеніемъ Сената 1867 г. № 177 въ которомъ сказано, что «послѣ принятія мировымъ судьей охранительныхъ мѣръ относительно открывшаго ся наслѣдства, оно можетъ быть передано явившимся наслѣдникамъ не иначе, какъ по постановленію подлежащаго суда, смотря по роду и цѣнѣ имущества, такъ что даже «передача движимаго имущества, поступившаго въ охрану суда, не можетъ быть совершаема простымъ врученіемъ онаго по описямъ безъ предварительнаго судебнаго постановленія». (Смотр. также рѣш. 1870 г. № 1716, 1871 № 675, 1869 г. № 15). Точно также въ рѣшеніи Сената 1872 г. № 277 разъяснено, что если не было основанія принять мѣры охраненія, то наслѣдники могутъ вступить во владѣніе и распоряженіе наслѣдствомъ и безъ содѣйствія судебной власти, но если эти мѣры приняты, то мировой судья можетъ потребовать постановленія подлежащей судебной власти.

Такимъ образомъ по истеченіи шестимѣсячнаго срока не представляется еще основанія передавать въ опеку имущество, какъ выморочное, если въ виду мироваго судьи есть наслѣдники,

такъ какъ по смыслу рѣш. Сената 1869 г. № 15 нельзя придавать статьѣ 1408 уст. гр. суд. ограничительнаго толкованія, вслѣдствіе чего наслѣдники могутъ заявить свои права и послѣ шестимѣсячнаго срока.

Передача имущества наслѣдникамъ можетъ состояться и ранѣе шестимѣсячнаго срока; это можетъ быть въ томъ случаѣ, когда умершій оставилъ *духовное завѣщаніе* по смыслу закона (ст. 1060 X т. I ч.), духовное завѣщаніе должно быть явлено и утверждено въ присутственномъ мѣстѣ въ теченіе годоваго срока, а для находящихся за границей двухгодоваго (ст. 1063); предъявляется оно тѣмъ въ рукахъ коего находится, при чемъ согласно 1233 ст. X т. I ч. если при описи будетъ найдено духовное завѣщаніе, то оно отдается тому въ чью пользу сдѣлано или (согласно ст. 1084) душеприкащику, который обязанъ исполнить это завѣщаніе. Само собою разумѣется, что судебный актъ, утверждающій духовное завѣщаніе можетъ быть совершенъ и ранѣе шестимѣсячнаго срока. По утвержденіи же духовнаго завѣщанія подлежащимъ судомъ оно должно быть только исполнено; въ этомъ случаѣ по предъявленіи опредѣленія суда мировой судья снимаетъ охранительныя мѣры (см. рѣш. Сен. 1872 г. № 885) и передаетъ имущество наслѣдникамъ, но вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ производится судебнымъ приставомъ по правиламъ, указаннымъ въ уст. гражд. судопроизводства. Все это относится до тѣхъ случаевъ, когда имущество отказано одному лицу, или въ завѣщаніи части имущества, отказаннаго разнымъ лицамъ точно опредѣлены, или наконецъ между наслѣдниками нѣтъ спора о раздѣлѣ наслѣдства и всѣ они совокупно ходатайствуютъ о передачѣ имъ имущества. Другое дѣло когда наслѣдственныя доли въ завѣщаніи опредѣлены неточно или между наслѣдниками возникъ споръ по поводу исполненія завѣщанія; тогда согласно ст. 1098 X т. I ч. имущество берется въ опеку. Въ этомъ случаѣ охраненное имущество не можетъ быть передано мировымъ судьей наслѣднику и онъ обязанъ сообщить опекунскому учрежденію о назначеніи опекуновъ къ наслѣдственному имуществу, примѣняясь къ 1164 ст. X т. I ч. (см. рѣш. Сен. 1872 г. № 885). Если же по завѣщанію назначено какое-либо лицо душеприкащикомъ, то по утвержденіи духовнаго завѣщанія, все имущество для выполненія воли завѣщателя передается этому душеприкащику, а если ихъ нѣсколько, то всѣмъ имъ (см. рѣш. Сен. 1872 № 885 и ст. 1084 X т. I ч.).

Продолжительность охранительныхъ мѣръ со стороны мироваго судьи ограничивается въ законѣ шестимѣсячнымъ срокомъ; по истеченіи же этаго срока, если наслѣдники согласно 1408 ст. заявятъ свои права на наслѣдство и представятъ опредѣленіе подлежащаго суда о признаніи ихъ правъ, то имущество передается имъ; если же въ теченіе этого срока никто правъ не заявилъ, то имущество согласно 1164 ст. X т. I ч. передается въ опекунское управленіе. Такимъ образомъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ охранительныя мѣры прекращаются съ истеченіемъ шестимѣсячнаго срока. Между тѣмъ выше было уже объяснено, что фактически охрана какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ не можетъ быть ограничена шестимѣсячнымъ срокомъ, такъ какъ самое ходатайство о признаніи права на наслѣдство въ подлежащемъ судѣ только и можетъ послѣдовать по истеченіи шестимѣсячнаго срока, вслѣдствіе чего на практикѣ мировому судьѣ во избѣжаніе излишней переписки и затрудненія какъ для наслѣдства, такъ и для опекунскихъ учрежденій приходится выжидать далѣе шестимѣсячнаго срока. Какъ долго долженъ ждать мировой судья этого не установлено и никакихъ правилъ въ разъясненіе этаго неудобства нѣтъ; такъ что все зависитъ отъ того—заявлялъ-ли кто-либо мировому судьѣ свои права на наслѣдство до истеченія шестимѣсячнаго срока и были ли при описи въ виду наслѣдники. Даже и въ томъ случаѣ, когда есть наслѣдники и утверждены въ правахъ наслѣдства они нерѣдко не считаютъ нужнымъ обращаться къ мировому судьѣ съ просьбой о передачѣ имъ имущества и весьма часто, по утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства фактически вступаютъ во владѣніе имуществомъ, нисколько не заботясь о наложенномъ на имѣніе арестѣ. Такимъ образомъ иногда бываетъ такъ, что никто изъ наслѣдниковъ никакихъ правъ не только въ теченіи шести мѣсяцевъ но и гораздо болѣе не заявлялъ; мировой судья передаетъ дѣло въ опекунское учрежденіе, но и при взятіи имущества въ опеку оно оказывается утвержденнымъ какъ собственность за наслѣдниками, а иногда даже самое имущество проданнымъ въ третьи руки. Тогда возникаетъ, конечно переписка, кончающаяся ничѣмъ, такъ какъ оказывается, что опекать нечего, а равно и хранить. Все это затрудняетъ какъ мироваго судью, такъ и опекунскія учрежденія; правилъ же уясняющихъ этотъ вопросъ или указывающихъ какъ поступить въ этомъ случаѣ не имѣется.

Вникая въ смыслъ законоположеній объ охранительномъ судопроизводствѣ нельзя не придти къ заключенію, что въ основѣ ихъ лежитъ то положеніе, что права на наслѣдство опредѣляются не судомъ и возникаютъ не вслѣдствіе судебнаго постановленія, а вслѣдствіе смерти наслѣдодателя, въ этомъ случаѣ eo ipso наслѣдники становятся собственниками имущества умершаго и вступаютъ во всѣ его имущественныя права; охрана же производится лишь въ исключительныхъ случаяхъ, а, стало быть и вызовъ наслѣдниковъ. Правило это существуетъ съ давняго времени и есть остатокъ прежнихъ неопредѣленныхъ гражданскихъ имущественныхъ отношеній, когда само имущество не опредѣлялось точнымъ образомъ, обозначалось общими выраженіями «что потягло изъ старины», «со всѣми рыбными ловлями, бортными ухожьями, лѣсными угодьями» и тому подоб., безъ всякаго точнаго обозначенія пространства имѣнія, когда движимыя и недвижимыя имущества передавались безъ всякихъ формальностей по однимъ письменнымъ, а иногда и словеснымъ заявленіямъ; когда не было установлено правила санкціонировать права судебнымъ постановленіемъ и формальными юридическими актами. Понятное дѣло, что при настоящемъ экономическомъ развитіи, когда собственность точна опредѣлена, когда недвижимыя имущества измѣрены и описаны и на каждое недвижимое имущество для всякой сдѣлки требуется юридическій актъ, удостовѣряющій укрѣпленіе недвижимаго имѣнія за частнымъ лицомъ, безъ котораго не можетъ быть совершена и сдѣлка, этотъ остатокъ прежнихъ неопредѣленныхъ экономическихъ отношеній затрудняетъ лишь частныхъ лицъ. Въ настоящее время первой заботой каждаго наслѣдника является утвержденіе въ правахъ наслѣдства, признаніе его правъ на наслѣдство со стороны подлежащаго суда. Между тѣмъ вслѣдствіе этого правила, вызовъ наслѣдниковъ, безъ котораго почти не можетъ быть и утвержденія въ правахъ наслѣдства, дѣлается не всегда послѣ смерти собственника, и такимъ образомъ или вызовъ наслѣдниковъ долженъ происходить и безъ охраны имущества, или частныя лица должны терпѣть стѣсненіи въ распоряженіи доставшимся имъ по наслѣдству имуществомъ Съ другой стороны законъ, въ случаѣ производства охраны, чрезвычайно стѣсняетъ наслѣдниковъ въ распоряженіи этимъ имуществомъ, подвергая его аресту, не смотря на то, что по смыслу закона они считаются собственниками этого имущества со дня смерти наслѣ-

додателя. Вмѣстѣ съ тѣмъ охранительное производство является стѣснительнымъ и для мироваго судьи и опекунскихъ учрежденій по своей неопредѣленности относительно того въ какихъ случаяхъ и какимъ образомъ должно передаваться имущество наслѣдникамъ и въ опеку, такъ какъ наслѣдники, по утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства, нерѣдко не считаютъ нужнымъ обращаться за полученіемъ его къ мировому судьѣ и вступаютъ во владѣніе имъ и помимо его.

Вслѣдствіе всего этого является весьма желательнымъ, чтобы въ охранительномъ судопроизводствѣ были дополнены, согласно съ закономъ, слѣдующіе пробѣлы: чтобы публикація была отдѣлена отъ описи, чтобы было установлено различіе описи по охранительному производству отъ ареста имущества и чтобы были установлены болѣе точныя правила для передачи имущества наслѣдникамъ и въ опеку.

М. Савельевъ.

Нижній-Новгородъ
декабря 1876 г.

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ.

ПЯТЬ ДИССЕРТАЦІЙ.

Университетскій уставъ 1863 г. видимо оказываетъ свое благотворное вліяніе, воспитывая подъ своимъ вліяніемъ много замѣчательныхъ дарованій, которыхъ проявленіе ощущается въ каждомъ университетѣ умноженіемъ ученыхъ спеціальныхъ изслѣдованій въ формѣ ученыхъ диссертацій. Юридическій факультетъ нашего университета въ истекшемъ году получилъ десять, да въ нынѣшнемъ пять такихъ изслѣдованій и диссертацій на ученыя степени почти исключительно со стороны своихъ молодыхъ преподавателей. Такимъ образомъ разныя части русской юриспруденціи оживляются, приходятъ въ движеніе и стремятся къ развитію. Въ правѣ, какъ въ организмѣ, всякій успѣхъ одной изъ его частей показываетъ, чего не достаетъ другой и другимъ, и чрезъ то вызываетъ общее стремленіе къ развитію.

Предъ нами теперь лежатъ разсужденія по гражданскому римскому праву, по государственному и административному отечественному, по финансіи, по русскому гражданскому праву. На первый взглядъ, эти разсужденія отличаются одно отъ другаго степенью, не скажу самостоятельности, а правильнѣе, непосредственности отношенія автора къ источникамъ его задачи. Несомнѣнно, что разсужденіе г. Дроздовскаго объ русскомъ областномъ управленіи по указамъ Петра Великаго стоитъ къ своимъ источникамъ ближе всѣхъ, пользуясь ими, какъ сырымъ матеріаломъ, за тѣмъ слѣдуетъ диссертація г. Янжула, на мѣ-

стѣ, по документамъ Британскаго музея, возстановлявшаго начала англійской свободы торговли. Напротивъ гг. Умовъ и Писемскій должны были для изысканій о дареній или объ акціонерныхъ компаніяхъ, работать надъ существующими въ наукѣ, т. е. въ Германіи и во Франціи воззрѣніями ученыхъ, борясь съ одними, поддерживая другія и для того обращаясь къ источникамъ. Наконецъ г. Боголѣпову досталась трудная задача взглянуть съ собственной своей точки зрѣнія на одинъ изъ самыхъ любопытныхъ вопросовъ римскаго права, объ jus gentium, давно привлекшемъ на себя вниманіе ученыхъ юристовъ запада. На русскихъ юристахъ-романистахъ всего нагляднѣе можно видѣть какъ успѣхи русской самостоятельной мысли, такъ и плоды и результаты ихъ теперешней ученой подготовки. Тутъ не легко толковать о работѣ по источникамъ, когда самое чтеніе источниковъ такъ трудно по слабому развитію у насъ знанія древнихъ языковъ; тутъ возможны всѣ возможныя ошибки, и, при оцѣнкѣ изслѣдованій въ этой области, не столько умѣстна строгая критика, сколько снисходительное ободреніе. Укажемъ на диссертаціи по возможности въ порядкѣ времени, когда онѣ подвергались диспуту.

1) Значеніе общенароднаго гражданскаго права, jus gentium, въ римской классической юриспруденціи, Н. Боголѣпова. Очевидно, что рѣчь идетъ не объ jus gentium Гуго Гроція и не о международномъ правѣ современной Европы, и однакожъ предметъ разсужденія г. Боголѣпова имѣетъ необычайную важность для всей исторіи права въ Европѣ. Думать можно, что собственно римское, чисто національное гражданское право вѣчнаго Рима, какъ jus quiritium, исчезло вмѣстѣ съ римскимъ народомъ, подобно праву гражданскому ленному въ Германіи, шляхетскому въ Польшѣ, дворянскому въ Россіи, и что Римъ содѣлался средоточіемъ и лабораторіею, гдѣ возникло, разработано и развилось собственно jus gentium, инородческое, или, пожалуй, народное право, впослѣдствіи унаслѣдованное Европой не напоромъ и силой Рима, а скорѣе симпатіей къ своему, родному. Не Римъ одолѣлъ Европу, принудивъ ее принять его право, а Европа взяла у Рима свою собственность. При посредствѣ претора, qui jus dicebat inter peregrinos, мало-по-малу проникали въ Римъ иноземныя юридическія начала, подобно тому какъ въ него входили чужія философскія воззрѣнія, чужіе нравы, чужіе боги и содѣйствовали разрушенію его замкнутой народности,

а потому разрушенію самого Рима. Впослѣдствіи даже законы и сборники и своды издаются не въ Римѣ, а въ Константинополѣ, не римляне чистой крови того-другого древняго рода, а напр. славянами, Юстиніаномъ, Управдой. Такова особенность консерватизма римской юриспруденціи. О значеніи этого-то народнаго права и то лишь въ римской классической юриспруденціи говоритъ г. Боголѣповъ, утверждая, что знаменитые римскіе классическіе юристы пользовались имъ для того, что бы ввести въ римское гражданское право философскія положенія естественнаго права, или какъ мы теперь говоримъ, начала общечеловѣческія, правила здраваго смысла. Мысль не новая, потому что давно, даже въ учебникахъ по части общей исторіи, каковъ напримѣръ учебникъ К. Роттеки, тридцатыхъ годовъ, I, 539, одиннадцатое изданіе, уже говорилось, что классическіе юристы старались сообщить силу положительнаго закона важнѣйшимъ началамъ естественнаго права, или иначе, реализовать естественное право. Но истина принадлежитъ не тому, кто ее сказалъ, а тому, кто доказалъ. И мы можемъ заключить извѣстіе о книгѣ г. Боголѣпова выпискою заключительнаго тезиса, какъ добытаго авторомъ результата, состоящаго въ слѣд. словахъ «реализація естественнаго права выразилась въ томъ, вопервыхъ, что классическіе юристы выработали новую, натуралистическую методу разработки положительнаго права и вовторыхъ, въ томъ, что они придали силу положительнаго права нѣкоторымъ предписаніямъ стоической этики.» Философы оправдывали рабство, и юристы находили для него основу въ естественной правдѣ.

2. Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права, В. Умова. Сравнительное изслѣдованіе по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ. «Есть такія сдѣлки, для которыхъ основаніемъ служитъ желаніе сдѣлать добро другому, говоритъ авторъ, это благодѣянія, которыхъ виды весьма различны и изъ числа которыхъ сначала римское, а затѣмъ и другія законодательства стали выдѣлять дареніе, *въ случаѣ важной для дарителя имущественной потери*, и подвергать его различнымъ ограниченіямъ. Въ виду этого для насъ получаетъ особую важность римское понятіе дареніе». Послѣ того какъ авторъ установилъ понятіе дареніе, онъ излагаетъ отличительныя черты этой сдѣлки и мѣсто, занимаемое ею въ системѣ права, по законамъ, Германіи, Франціи, Россіи и по взгля-

дамъ юристовъ извѣстныхъ въ литературѣ Запада и Россіи. Достоинства разсужденія признаны Юридическимъ Факультетомъ Университета и вся русская юридическая литература окажетъ автору справедливость. Но все это не мѣшаетъ намъ высказать недоумѣніе относительно исходной точки разсужденія, опредѣленной авторомъ въ цитованныхъ нами выраженіяхъ.

Итакъ, по мнѣнію автора, дареніе относится къ разряду идей о благодѣяніи, благотворительности и т. п.; оно выдѣляется изъ этой группы положительнымъ закономъ, именно въ случаѣ важной для дарителя имущественной потери; процессъ выдѣленія начатъ въ Римѣ и дошелъ до нашего времени. При этомъ авторъ называетъ всѣ эти виды благодѣянія сдѣлками гражданскаго быта, причисляя сюда гостепріимство, выдѣлъ, приданое, отказъ, или легатъ и т. п. Но ясно, что родовое, высшее понятіе для всѣхъ сдѣлокъ—это распоряженіе, власть надъ имуществомъ, право uti re et abuti, и что въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ властію отчужденія и при томъ безмезднаго, дароваго, куда принадлежатъ и потребленіе, т. е. употребленіе на себя, на свой столъ, на свое убранство, на пріемъ гостей, до предѣловъ роскоши и мотовства, и собственно отчужденіе своего въ пользу другихъ, каковы пожертвованія въ монастыри ли и церкви, въ богоугодныя ли учрежденія и въ университеты на стипендіи, равно какъ выдачи въ пользу отдѣльныхъ лицъ, приданымъ, легатомъ, дареніемъ при жизни, дареніемъ на случай смерти, завѣщаніемъ. Любопытно, что всѣ эти акты отчужденія всегда и повсюду, въ той или другой формѣ, подчиняются ограниченіямъ, или опредѣленіямъ законовъ. И Римъ зналъ опеку, или попечительство надъ мотами, prodigi, и Римъ издавалъ законы относительно пожертвованій, и Римъ установлялъ извѣстныя правила касательно дареній, или подарковъ, приданаго, легатовъ, завѣщаній, подобно тому, какъ у другихъ народовъ въ разныя времена всѣ эти виды дароваго отчужденія подчинялись различнымъ законнымъ опредѣленіямъ. Итакъ вопросъ о дареніи должно было объяснить, посредствомъ вывода изъ понятія о безмездномъ отчужденіи, которое не токмо въ Римѣ, но повсюду было опредѣлено закономъ, и должно было начать изслѣдованіемъ того, почему именно дарственное распоряженіе лица вызываетъ вмѣшательство закона. Мѣра вмѣшательства указала бы значеніе дарения въ ряду другихъ безмездныхъ отчужденій. Безъ такаго пріема выводомъ остается неяснымъ, по-

чему Римъ выдѣлилъ дареніе изъ области благодѣяній, почему другія законодательства, какъ бы случайно, приняли правила Рима, откуда взялось неопредѣленное, произвольное основаніе, *въ случаѣ важной потери*, и дѣйствительно-ли одно дареніе подчинилось и подчиняется опредѣленіямъ закона?

Приводя себѣ на память законы о роскоши и мотовствѣ, о пожертвованіяхъ на пользу общественныхъ учрежденій и о дареніи въ различныхъ видахъ, я нахожу, что вся область безмезднаго отчужденія всегда подчиняется законнымъ распоряженіямъ, такъ что здѣсь не столько воля хозяина, сколько законъ хозяйничаетъ; и думаю потому, что такъ называемая личная собственность разсматривается всѣми законами свѣта не какъ исключительно личная, а хоть частію семейная, родовая, общественная, такъ что личному хозяину, или представителю имущества вполнѣ разрѣшено всякое распоряженіе, ведущее имущество къ умноженію, сбереженію и сохраненію, но ограничено рапоряженіе, по которому имущество неразумно потребляется, или стремиться къ уменьшенію. Дается хозяину даннаго момента полное право uti, но ограничивается его власть abuti re, въ видахъ пользы его родныхъ, его семьи, его наслѣдниковъ,

Отсюда же вывожу, что дареніе частію есть сдѣлка договорная и относиться къ ученію о договорахъ, но частію входитъ въ составъ ученія о правѣ распоряженія и относится къ общей ча сти гражданскаго права,

3) Англійская свободная торговля. Историческій очеркъ развитія идей свободной конкурренціи и началъ государственнаго вмѣшательства. И. Янжула. Выпускъ I періодъ меркатильный. Въ свое время факультетъ публично заявилъ что книга г. Янжула сверхъ другихъ достоинствъ, содержитъ подробности, по своему предмету, которыхъ тщетно стали бы искать у Рошера, и что въ этой книгѣ сдѣлано открытіе одного важнаго сочиненія, совершенно забытаго.

Авторъ начинаетъ свою книгу положеніемъ, по которому «въ наукѣ народнаго хозяйства считается однимъ изъ важнѣйшихъ и труднѣйшихъ вопрососовъ опредѣленіе границъ государственнаго вмѣшательства въ экономическую дѣятельность народа. Сто лѣтъ прошло съ тѣхъ поръ, какъ А. Смитъ установилъ начала свободной конкурренціи, до сихъ поръ однакожъ остающіяся весьма спорнымъ вопросомъ какъ въ теоріи, такъ и на практикѣ. Мы отнюдь не имѣемъ претензіи, продолжаетъ авторъ, рѣшать

этотъ вопросъ и ограничимся цѣлію—намѣтить условія, при которыхъ развивались въ Англіи начала экономической политики, указать вліянія, при которыхъ тамъ явились идеи свободной конкурренціи, а затѣмъ опредѣлить значеніе этихъ идей и результаты. Историческій путь составляетъ лучшій способъ для изслѣдованія экономической политики, потому что доставляетъ матеріалъ и опыты для будущихъ изслѣдованій.» Слѣдовательно авторъ относитъ вопросъ о вмѣшательствѣ государства въ экономическую дѣятельность народа къ области политики, признаетъ за государствомъ власть вмѣшиваться въ это дѣло и занятъ только указаніемъ предѣловъ, или границъ для вмѣшательства, на основаніи опытовъ, сдѣланныхъ доселѣ, или на основаніи такъ называемаго историческаго пути изслѣдованій.

По моему воззрѣнію, вѣчная безплодная борьба за идеи свободы и вмѣшательства, въ теоріи и на практикѣ, должна убѣдить всякаго, что постановка вопроса невѣрна, и что изслѣдованіе должно начать именно съ этой постановки вопроса. Буквально, вмѣшательство есть вторженіе въ чужую область, а потому вмѣшательство принадлежитъ къ сферѣ права, касаясь не одной экономіи, но и просвѣщенія, науки, искусства, вѣры, имѣющихъ свои особыя области. Извѣстно ученіе о вмѣшательствѣ по народному праву. Понятно, что прежде всего должно отдѣлить области, и напр., говоря объ экономіи, установить область личную, частную, въ размѣрѣ и въ предѣлахъ собственности, куда никто не имѣетъ права вмѣшиваться. Таково мое частное, домашнее хозяйство, но не таковы всѣ промыслы, сапожника, портнаго, извощика, водовоза и т. п., дѣйствующихъ лично и въ размѣрѣ своей собственности, да по личному вкусу закащиковъ. Но въ той же области экономіи есть дѣятельность общественная выходящая за предѣлы собственности, совершающаяся при содѣйствіи многихъ и цѣлаго населенія, при посредствѣ договоровъ найма и займа,—и при томъ найма и займа не гражданскаго права, а общественнаго, гдѣ участвуютъ массы населенія и массы его капиталовъ. Это промышленность. Тутъ являются и отношенія общественныя, напр. рабочихъ и капиталистовъ, весьма неравныхъ дѣятелей, вызывающихъ законы для опредѣленія разумныхъ отношеній. Тутъ же является и общественный кредитъ, такъ же вызывающій законы для опредѣленія разумнаго отношенія напр. между компаніями; банками съ одной и обществомъ, или публикой, съ другой стороны.

Установивши эти области частной и общественной экономической дѣятельности, легко придемъ къ выводу, что тутъ нѣтъ мѣста вмѣшательству, и что государству принадлежитъ только право собирать подати, да установлять повинности для достиженія его государственныхъ, политическихъ цѣлей.

Наконецъ думаю, что экономическій вопросъ о вмѣшательствѣ неясенъ потому, что не установлено различіе между законами о промышленности, долженствующими содержать разумныя, на природѣ промышленности основанныя начала, и указными, случайными мѣрами, которыми напр. казна и фискъ старины сообщали народной промышленности видъ и направленіе произвольные, единственно для обогащенія фиска. Законы сами по себѣ необходимы, какъ необходимы общія разумныя начала и ихъ существованіе не есть вмѣшательство, иначе пришлось бы назвать Setum Macaedonianum и всѣ законы о владѣніи, собственности, дареніи, завѣщаніи, вмѣшательствомъ. Такъ точно, нельзя назвать покровительственный тарифъ вмѣшательствомъ; онъ актъ справедливости въ каждой странѣ. Въ самомъ дѣлѣ, безъ такого тарифа, мы имѣли бы все удобство покупать, сукно ли, ситцы ли у иностранныхъ продавцевъ, оставляя своихъ производителей безъ покупщиковъ, не открывая имъ соотвѣтственнаго удобства пользоваться, напр. иностранными школами, иноземными судами, заграничными учрежденіями. Они будутъ принуждены братъ у насъ что есть, а мы будемъ свободно рыться въ ихъ издѣліяхъ, браковать и выбирать; это несправедливо потому что нарушаетъ равенство положеній.

4) Акціонерныя компаніи съ точки зрѣнія гражданскаго права П. Писемскаго. Сочиненіе обнимаетъ весь юридическій бытъ и образъ акціонерныхъ компаній отъ ихъ юридической личности, отъ ихъ возникновенія до внутренняго отношенія между акціонерами и компаніями, до ихъ управленія и наконецъ прекращенія ликвидаціей дѣлъ, раздѣломъ. Сочиненіе представляетъ общую исторію компаній въ Европѣ и догму законовъ по кодексамъ разныхъ государствъ и по своду отечественнаго права, при посредствѣ богатой западной литературы. Опущена литература русская, вѣроятно, потому что она бѣдна, хотя мы думаемъ, что именно поэтому должно было упомянуть о ней и не проходить молчаніемъ рѣчи С. Пахмана, произнесенной этимъ извѣстнымъ профессоромъ на университетскомъ актѣ въ Харьковѣ, еще въ 1861 г. «О задачахъ предстоящей реформы акціонернаго зако-

нодательства». Изъ самаго заглавія рѣчи видно, что ораторъ имѣлъ въ виду дѣйствующіе законы, сознавалъ нужду въ ихъ реформѣ и критически относился къ разнообразнымъ положеніямъ дѣйствующихъ законовъ и господствующихъ воззрѣній. Сравнивая воззрѣнія г.г. Пахмана и Писемскаго остановимся напр. на томъ различіи, по которому Пахманъ *) разсматриваетъ акціонерныя компаніи, какъ особую форму проявленія «духа союзнаго начала, духа общественности, самобытнаго соціальнаго элемента, общества», а Писемскій выводитъ ихъ формально изъ товарищества и находитъ аналогію между societas римскаго права и современными акціонерными компаніями, или безъименными обществами. И вотъ объясненіе того, что Писемскій все подводитъ подъ начало договора, все въ компаніяхъ обсуждаетъ по началамъ личной свободы и договора и въ самомъ заглавіи книги заявляетъ о томъ, что онъ разсматриваетъ акціонерныя компаніи съ точки зрѣнія гражданскаго права Но правъ ли авторъ?

Возникновеніе компаній почти непроизвольно и образованіе ихъ условлено такимъ состояніемъ общества, когда потребности общества не могутъ быть осуществлены усиліями отдѣльныхъ лицъ, а уступаютъ только совмѣстному труду и постоянному капиталу. Цѣль и результатъ компаній общеполезное дѣло, общественныя учрежденія, каковы пути сообщенія, почты, кредитъ въ иныхъ мѣстахъ школы, институты для образованія, даже храмы, академіи и т. п. учрежденія, нисколько не зависящія отъ воли и личныхъ воззрѣній акціонеровъ, которые служатъ здѣсь обществу, какъ подрядчики, publicani, что хотите. Организація компаній также не есть дѣло личнаго вкуса, или соображенія акціонеровъ, отъ значенія компаній, какъ лицъ юридическихъ, или отъ ихъ безыменности, гдѣ индивидуальныя особи, лица безразличны и только акціи постоянны, какъ отдѣльныя волокна въ канатѣ, до подробностей внутренняго состава и до отношеній къ публикѣ; все здѣсь установляется обязательнымъ для компаній закономъ. Нельзя составить компанію безъ устава и дѣйствовать помимо устава, напр. безъ публичности, періодической отчетности, безъ общихъ собраній и т. д. Нельзя не подчиниться статьямъ устава о случаяхъ ликвидаціи, прекращенія,

*) Рѣчь, стр. 24.

или освободить правленіе, членовъ совѣта и другихъ служащихъ отъ уголовной отвѣтственности, по взаимному согласію акціонеровъ. Правда, что положенія уставовъ сходятся съ пользами и интересами акціонеровъ, но это доказываетъ только, что все справедливое полезно, и никакъ не уполномочиваетъ думать будто уставъ есть договоръ; или это слово принимается авторомъ не въ строгомъ смыслѣ гражданскаго права. Авторъ упустилъ изъ виду отношеніе компаній, напр. банковъ, къ обществу, къ публикѣ, къ вкладчикамъ, и только по этому могъ все въ компаніяхъ подводить подъ начала гражданскаго права.

5) Областное управленіе Россіи XVIII в. часть I. Областное управленіе эпохи перваго учрежденія губерній, 1708—1719. П. Мрочекъ-Дроздовскаго. Наши извѣстія о пяти диссертаціяхъ мы начали съ того, что заявили о преимущественной непосредственности отношенія г. Дроздовскаго къ источникамъ; онъ работалъ въ архивѣ министерства юстиціи, по актамъ, современнымъ изучаемой эпохѣ. И эта уже не первая ученая диссертація въ Московскомъ Юридическомъ Факультетѣ, ищущая своихъ основаній въ подлинныхъ словахъ актовъ. Г. Петровскій такимъ же образомъ изучалъ Сенатъ Петра В. и результатъ своего изученія представилъ въ разсужденіи, о которомъ мы извѣщали въ прошломъ году. Стало быть, видимо, у насъ зарождается и укрѣпляется особая метода, поставляющая задачею изучать право по первымъ источникамъ. Задача трудная, но благотворная, противодѣйствующая сложному въ изслѣдованіяхъ пути—судить о предметѣ по предвзятымъ идеямъ. Трудность состоитъ въ томъ, что напр. г. Дроздовскому, для точности и полноты изслѣдованія, нужно было отыскать, обозрѣть, прочесть и изучить не токмо акты управленія Московской губерніи, но всѣхъ русскихъ губерній и, кромѣ изученія актовъ, какъ правительственныхъ распоряженій найти и изучить событія, движенія и перемѣны, къ которымъ акты подали поводъ въ жизни современнаго имъ населенія. Съ другой стороны, трудность такихъ работъ увеличивается требованіемъ избѣгать предвзятыхъ идей, при чемъ близка крайность работать только для изданія памятниковъ и опасность приступать къ ихъ изученію безъ опредѣленныхъ идей и установившихся понятій о дѣлѣ. Нѣтъ напр. въ архивахъ общихъ положеній, которыми г. Дроздовскій опредѣляетъ идеалъ государственной администраціи, стр. 1—5.

Нашъ авторъ начинаетъ съ положенія, что «государственная

ЮРИДИЧЕСКІЙ КАБИНЕТЪ В. Ж. К.

идея объединяетъ всѣ части территоріи въ одно политическое цѣлое». Нельзя не согласиться, что части территоріи такимъ образомъ соединятся; но на территоріи живетъ населеніе, котораго единеніе совершается не одною государственною идеею, а также языкомъ, вѣрою, происхожденіемъ, образомъ жизни, народностію. Недалеко ходить за примѣрами, изъ которыхъ видна громаднѣйшая разница между турецкимъ государственнымъ единеніемъ разныхъ частей территоріи и духовнымъ единеніемъ разныхъ народностей на Балканскомъ полуостровѣ. Такъ что можно доказывать, что единеніе страны можетъ быть совершаемо и государственною идеею и народнымъ единствомъ и вопросъ состоитъ лишь въ томъ, съ чего начать. Начиная съ народа, какъ того требуетъ напр. наша русская исторія, придемъ къ областямъ, удѣламъ, волостямъ, или, говоря о Франціи, къ ея провинціямъ, и начиная съ государственной идеи, очутимся въ губерніи, вилаетѣ, пашалыкѣ, или департаментѣ, а не жизнію населенія начертанныхъ участкахъ отечественной земли. И если народныя области, удѣлы, волости, естественно, стремятся къ самостоятельности, къ автономіи, самоуправленію, то административныя дѣленія должны подчиняться закону централизаціи, что оказалось во времена Петра В., по 12-му тезису автора: «Общественные, земскіе интересы тутъ не существовали; они были поглощены интересами государственными, подобно тому, какъ само общество, будучи подчинено казеннымъ властямъ, было поглощено государствомъ». Таковъ выводъ, извлекаемый авторомъ изъ автентическихъ актовъ петровскаго времени. Оставалось автору обратиться къ началамъ государственнаго и вообще права, чтобы произнести справедливый судъ надъ эпохою губерній и чрезъ то также справедливо оцѣнить какъ древнѣйшее русское областное управленіе, такъ и современное земское устройство нашего отечества. Зная, что народъ и общество приводятся въ единеніе вѣрою, общими воззрѣніями, наукою, искусствомъ и воплощающею эти идеи въ жизни дѣятельностію, носящею имя промышленности, образное выраженіе г. Дроздовскаго: общество было поглощено государствомъ, получитъ то значеніе, что, въ эпоху губерній и Сената, и вѣра и наука и искусство и промышленность служили только орудіями для временныхъ цѣлей.

В. Лешковъ.

ПАТРИЦІИ И ПЛЕБЕИ ВЪ РИМѢ. Историко-юридическое изслѣдованіе *Дмитрія Азаревича.* Томъ I и II. Спб. 1875.

Сочиненіе «патриціи и плебеи» посвящено критическому обзору господствующихъ взглядовъ на историческій характеръ, значеніе и происхожденіе извѣстнаго раздѣленія римскаго народа на патриціевъ и плебеевъ и содержитъ въ себѣ попытку утвердить собственное воззрѣніе автора по означеннымъ вопросамъ, во многомъ отступающее отъ воззрѣній, господствующихъ въ исторической литературѣ. Сообразно съ своею задачею авторъ обращается къ источникамъ, при чемъ старается не упустить изъ виду не только главнѣйшіе, но не оставляетъ безъ вниманія и менѣе значительные. Точно также въ сферѣ литературы предмета изслѣдованія авторъ показываетъ свое большое знакомство, ссылаясь постоянно какъ на главныя, такъ и на второстепенныя сочиненія и даже на многія журнальныя статьи. Но при дальнѣйшемъ разборѣ этого труда оказывается, что, хотя его исполненіе не лишено оригинальности и нѣкоторой живости, свидѣтельствующихъ, что авторъ отнесся къ своему дѣлу съ достаточною любовью и энергіей, тѣмъ не менѣе оно сопряжено съ рядомъ капитальныхъ погрѣшностей, которыя кладутъ на сочиненіе «Патриціи и плебеи» своеобразный, весьма невыгодный для него отпечатокъ. Сюда относятся: 1) погрѣшности относительно источниковъ и пособій, 2) погрѣшности методологическаго свойства.

Обратимся къ первымъ и приведемъ нѣкоторые ихъ образцы.

На стр. 65 изслѣдованія авторъ старается доказать свой собственный взглядъ на причины, вызвавшія образованіе магистратуры военныхъ трибуновъ съ консульскою властью. По господствующему взгляду (согласному съ воззрѣніемъ самого Ливія)

учрежденіе этой магистратуры было уступкою, сдѣланною плебеямъ со стороны патриціевъ, не желавшихъ допустить плебеевъ къ консульству. Военное трибунство было доступно и плебеямъ; но оно не пользовалось такимъ значеніемъ, какъ консульство, которое, временно отмѣненное, сохранялось на всякій случай за патриціями. По мнѣнію же автора разбираемой нами книги, учрежденіе военныхъ трибуновъ съ консульскою властью обязано тому обстоятельству, что въ годъ появленія этой магистратуры Римъ ожидалъ войны съ четырехъ сторонъ, вслѣдствіе чего слѣдовало избрать поболѣе начальствующихъ магистратовъ, такъ какъ двое консуловъ не могли одновременно вести столько войнъ. Военныхъ трибуновъ было нѣсколько, а консуловъ только двое. Изъ словъ Ливія видно, что то же самое мнѣніе высказывалось *нѣкоторыми римскими историками*, извѣстными Ливію (Liv. 4. 7: Sunt qui... dicant.) Авторъ принимаетъ это извѣстіе Ливія за разсказъ о томъ, что изложеннымъ образомъ мотивировалось учрежденіе трибунства *многими изъ числа римскихъ гражданъ*, современныхъ этому событію. За тѣмъ (стр. 67) авторъ говоритъ: «Все сказанное *подтверждается* какъ нельзя болѣе фактами, разсказанными источниками... *вотъ начинается война* съ Фиденатами, Вейентинцами, Фалисками и *снова упоминаются военные трибуны съ консульскою властью* (ссылка на Liv. 4. 17). Особенная опасность и даже, быть-можетъ, пораженіе вызываетъ на учрежденіе диктатора. Но враги разбиты, все успокоивается и снова избираютъ консуловъ. Но вотъ Вольски, Эквы и всѣ Этрусски *задумываютъ войну съ Римомъ и опять появляются военные трибуны* съ консульскою властью (Liv. 4. 25)».

Такимъ образомъ авторъ ставитъ въ двухъ подчеркнутыхъ нами мѣстахъ появленіе военныхъ трибуновъ въ причинную зависимость отъ существованія военныхъ затрудненій. По справкѣ съ цитованными имъ мѣстами Ливія оказывается, что разсказанное Ливіемъ не только не подтверждаетъ словъ автора, но прямо противорѣчитъ имъ. Изъ конца 16 главы 4-й книги Ливія видно, что въ концѣ года, *въ мирное время* (стр. 4. 12) *были выбраны три трибуна съ консульскою властью*. Во время ихъ правленія, разсказываетъ Ливій въ указанномъ авторомъ мѣстѣ (4, 17), отъ Рима отпали Фидены, римская колонія, и возникла ожесточенная война съ Фиденатами и Вейентинцами. Itaque, продолжаетъ Ливій, ad curam summae rerum, quieta plebe tri-

bunisque ejus, *nihil controversiae fuit, quin consules crearentur...* Слѣдовательно ходъ событій по Ливію совершенно обратенъ тому, который изображается авторомъ. Подобное же оказывается и относительно другаго мѣста. У Ливія 4, 25 разсказывается, что (въ мирное время) выбираются военные трибуны. Послѣ того Вольски и Эквы затѣваютъ войну съ Римомъ, но откладываютъ ее до слѣдующаго года. Затѣмъ внутреннія волненія ведутъ къ консульскимъ выборамъ и, слѣдующая глава Ливія (4, 26) начинается: Tumultus causa fuit, quem ab Aequis et Volscis Latini atque Hernici nuntiarant. T. Quinctius L. F. Cincinnatus et Julius Mento *consules facti*: nec ultra terror belli est dilatus.

Другой рельефный образецъ подобнаго же отношенія къ источникамъ мы находимъ въ разсматриваемой книгѣ при обсужденіи ею вопроса о правѣ объявлять войну и заключать миръ въ древнемъ Римѣ. На стран. 83 говорится:

«.. мы имѣемъ полное основаніе полагать, что *первоначально эти права не принадлежали народному собранію* и пріобрѣтены имъ только впослѣдствіи. За то, что объявленіе войны не находилось въ рукахъ народа, будетъ *общій характеръ преданій*..... Сенатъ предписываетъ наборъ (Liv. 2.27; 4,55), а народъ отказывается принести солдатскую присягу. *Слѣдовательно наборъ, а потому и объявленіе войны не имѣли за себя предварительнаго согласія народа, а только исключительно волю сената.* (Liv. 8.13).»

По справкѣ съ Ливіемъ оказывается, что въ двухъ первыхъ мѣстахъ Ливія говорится о наборѣ для такой войны, которая имѣла характеръ оборонительный, въ третьемъ же мѣстѣ сенатъ предписываетъ наборъ *для продолженія уже ведшейся войны.* Въ предыдущемъ году консулъ осаждалъ Педъ и не взялъ его. По выборѣ новыхъ консуловъ сенатъ предписываетъ наборъ и возобновленіе осады. Но рядомъ съ этими извѣстіями, за тотъ же періодъ времени мы находимъ у Ливія положительныя указанія на *случай объявленія войны оборонительной и наступательной, которое дѣлалось съ соизволенія народа.* Такъ:

Liv. 6. 21.... Patres decreverunt, ut primo quoque tempore *ad populum ferretur* de bello iis indicendo.

Liv. 7. 12. Consules *jussu populi* bellum indixere.

Liv. 7. 19 in fine: Is (dictator) ex auctoritate Patrum *ac populi jussu* bellum indixit.

Первое изъ этихъ мѣстъ приводитъ самъ авторъ на стр. 27, прим. 1—2, говоря о компетенціи народныхъ собраній вообще.

Авторъ продолжаетъ (стр. 83):

«Понятенъ послѣ того *споръ*, упоминаемый Ливіемъ подъ 327 u. c.: utrum populi jussu indiceretur bellum, an satis esset senatusconsultum (Liv. 4.30), какъ понятны и тѣ положительные примѣры, когда война объявлялась *по приказанію одного сената* (Liv. 4.45, 8.15, Dion. 8.91).»

Что касается до спора между народомъ и сенатомъ, то онъ былъ поднятъ по поводу *возобновленія войны, прерванной перемиріемъ*, и это обстоятельство, очевидно, даетъ ему значеніе противоположное тому, которое приписывается ему авторомъ. Что же касается до примѣровъ объявленія войны по приказанію будто бы одного сената, то *по справкѣ съ источниками они оказываются несуществующими*. Именно:

Liv. 4.45. О сенатѣ не упоминается, а сказано просто: Tum Lavicanis *bellum indictum;* factoque senatusconsulto, ut duo ex tribunis ad bellum proficiscerentur.

Liv. 8.15. Сенатъ предписываетъ защищать Аурунковъ, которые прежде еще были приняты Римомъ in deditionem и теперь подверглись нападенію. Война, слѣдовательно, имѣетъ значеніе защиты противъ нападенія.

Dion. 8.19. Сенатъ объявляетъ войну, *а народъ утверждаетъ* ее по совѣту Ларгія.

На стр. 121 (прим. 2) это мѣсто изъ Діонисія приводится въ доказательство того, что позднѣе народъ принималъ участіе въ дѣлѣ объявленія войны. Такимъ образомъ авторъ *ссылается на одно и то же событіе, какъ на два различныя* и принадлежащія къ различнымъ временамъ.

Вопросъ о правѣ заключать миръ авторъ разрѣшаетъ такъ:

Стр. 83. За то, что *право заключать миръ не принадлежало народу, будутъ частные факты*, упоминаемые источниками.

Стр. 100. Въ болѣе древнія времена *исключительно одинъ полководецъ* имѣлъ право въ силу своего imperium militare предписывать условія побѣжденнымъ (Polyb. 1.16, 31;—Liv. 30.37.—34.35,—37.45).

Всѣ процитованныя авторомъ мѣста *открыто противорѣчатъ его положеніямъ*. Именно:

1. У Полибія I, 16 говорится, что консулы вели переговоры съ Гіэрономъ и договаривались о мирѣ и союзѣ. Но слѣдующая

затѣмъ глава начинается извѣстіемъ о томъ, что проектъ договора былъ отосланъ въ Римъ и *условія мира были одобрены народомъ*. Это послѣднее мѣсто авторъ приводитъ на стр. 83 въ подтвержденіе того, что въ позднѣйшія республиканскія времена заключать миръ имѣло право только одно народное собраніе. Такимъ образомъ *два момента одного и того же событія разсматриваются авторомъ какъ два отдѣльныя событія, раздѣленныя промежуткомъ цѣлыхъ вѣковъ*.

2. Полибій 1.31. Здѣсь упоминается только о переговорахъ, веденныхъ полководцемъ, но нѣтъ ни слова о заключеніи имъ мира.

3. *Liv. 30.37.* Сципіонъ ведетъ переговоры о мирѣ. Изъ разсмотрѣнія этого мѣста Ливія въ связи съ 30.43. 44 явствуетъ, что Сципіонъ, заключающій миръ, долженъ былъ получить полномочіе сената и затѣмъ одобреніе его и народа. Въ 30.43. 44 заключается конецъ событія, о которомъ разсказъ начатъ въ 30.37. Между тѣмъ авторъ принимаетъ эти два момента за два событія и на той же страницѣ ссылается на 30.43, какъ на доказательство инаго порядка вещей, наступившаго позднѣе (стр. 100, прим. 5).

4. *Liv. 34.35.* Здѣсь приведенъ текстъ мирнаго договора и говорится:

Legatos extemplo mitterent Romam T. Quinctius et Nabis, ut *pax ex auctoritate senatus confirmaretur*.

5. *Liv. 37.45.* Въ условіяхъ приведеннаго здѣсь мирнаго договора между прочимъ обозначено:

Pro impensis in bellum factis quindecim millia talentum dabitis: quingenta praesentia; duo millia et quingenta, *quum senatus populusque romanus pacem comprobaverint*.

Кромѣ того слѣдуетъ замѣтить, что всѣ приведенныя цитаты изъ Ливія касаются событій VI вѣка и. с., а авторъ ссылается на нихъ, какъ на подтвержденіе порядка «болѣе древнихъ временъ». На стран. же 100, прим. 5, онъ пользуется событіемъ III вѣка (Liv. 2.22) для подтвержденія порядка позднѣйшаго.

Ошибки и произвольное толкованіе, подобныя вышеприведеннымъ, разсѣяны по всему сочиненію. Укажемъ коротко еще на слѣдующее:

Стр. 65 2-го тома, утверждается, что *откупщиками* государственныхъ сборовъ въ послѣднія три столѣтія были *только* всадники,—съ ссылкою на Liv. 23.48.49, и 24.18, гдѣ упоми-

нается о трехъ компаніяхъ (tres societates hominum undeviginti) и о многихъ (frequentes) подрядчикахъ, явившихся на торги, но нѣтъ ни слова о томъ, что они были изъ всадниковъ.

Стр. 46, примѣч. 6, 1-го тома, приводится ссылка на Liv. 7.16 и созваніе трибутскихъ комицій въ лагерѣ рисуется, какъ явленіе *не исключительное*. Между тѣмъ Ливій, говоря объ этомъ созваніи, прибавляетъ: novo exemplo, и далѣе: Ceterum tribuni plebis non tam lege, quam exemplo, moti, ne quis postea populus sevocaret, capite sanxerunt.

Стр. 76, утверждается, что исключительное знаніе права патриціями произошло отъ «заниманія ими долгое время всѣхъ высшихъ магистратуръ», съ ссылкою на Діонисія 10,1, гдѣ говорится, что плебеи, занятые торговлей и земледѣліемъ, не могли знать права, такъ какъ прѣдка только ходили въ городъ.

Стр. 82, разсказывается объ установленіи провокаціи Публиколой, и между прочимъ ссылка на *Cic. de repub. 2.31*, гдѣ говорится: provocationem autem etiam *a regibus* fuisse declarant pontificii libri.

Стр. 85, утверждается, что «позднѣе диктаторъ *избирался* народомъ»—съ ссылкою на Liv. 22, 31 и Polyb. 3. 87; между тѣмъ второе мѣсто говоритъ о выборѣ диктатора, не опредѣляя точно избиравшаго органа. Ливій же говоритъ, что диктаторъ былъ выбранъ народомъ *за отсутствіемъ консула*, и рисуетъ этотъ выборъ какъ событіе исключительное; не рѣшаясь даже назвать избраннаго диктаторомъ, онъ называетъ его: prodictator.

На *Стр. 66* читается: «А такъ какъ въ древности еще не могли допустить позднѣйшихъ обходовъ, или просто *нарушеній*, *какъ напримѣръ позднѣе появляются нѣсколько interreges* (Liv. 7.22 init).

Между тѣмъ у Ливія l. c. находимъ:

Tentatum domi per dictatorem, ut ambo patricii consules crearentur, rem ad interegnum perduxit. *Duo interreges* C. Sulpicius et M. Fabius interpositi obtinuere, quod dictator frustra tenderat mitiore jam plebe obrecens meritum levati aeris alieni, ut ambo patricii consules crearentur. Creati ipse C. Sulpicius Peticus, *qui prior interregno abiit*... Очевидно, что въ данномъ случаѣ два interreges правили *преемственно*. Такъ какъ авторъ считаетъ появленіе нѣсколькихъ interreges, правящихъ преемственно, за нарушеніе, то, слѣдовательно, ему неизвѣстно, что иначе

обыкновенно и не бывало, и что по общему правилу *всегда фигурировало нѣсколько interreges, правившихъ преемственно.*

Кромѣ того въ книгѣ встрѣчаются безпрестанно цитаты, содержаніемъ своимъ не соотвѣтствующія тексту. Приведемъ два примѣра:

Т. I, стр. 4, прим. 5 (Liv. 7. 3).	Т. I, стр. 80, прим. 7 (Dion. 4. 20).
Т. I, стр. 4, прим. 8 (Dion. 1. 74).	Т. I, стр. 81, прим. 3 (Brut. 14. 55).
Т. I, стр. 4, прим. 10 (Liv. 6. 12).	Т. I, стр. 82, прим. 7 (Dion. 7. 51, 7. 38. (8. 47).
Т. I, стр. 5, прим. 8 (Dion. 1.80, Liv. 1.55; 2.60)	Т, I, стр. 85, прим. 6 (Dion. 5. 18.—Liv. 2. 8,—Liv. 3. 55,
Т. I. стр. 5, прим. 11 Val. Max).	Cic. de rep. 2. 31).

Или.

Т. II, стр. 56, прим. 4 (Cic. de rep. 2. 37.— Liv. 1. 79 (?).

Погрѣшности противъ литературы имѣютъ подобный же характеръ. Такъ, напримѣръ:

Т. 1, стр. 233, 234. Г. Азаревичъ говоритъ объ *arrogatio* какъ средствѣ *перехода патриціевъ въ плебеи* и заканчиваетъ «Поэтому нельзя не согласиться съ Моммзеномъ, что *до lex Ogulnia* (454) *немыслимъ вообще переходъ по усыновленію изъ одного состоянія въ другое* (*Mommsen*, Römische Forschungen p. 77.— У Mommsen'a же l. c. читаемъ:

«For dem Ogulnischen Gesetz (454) ist sicherlich *keines Plebejers Adoption in ein patriciesches Haus gestattet* worden».

Или, въ т. I стр. 214, примѣч. 5 утверждается, что по Рубино патриціи не составляли первоначально полноправныхъ гражданъ, а только тѣхъ членовъ народа, которые пропсходили отъ сенаторовъ и вообще лицъ служебной аристократіи. Между тѣмъ Рубино (I, стр. 183 сл.) излагаетъ приписываемый ему авторомъ взглядъ, не какъ свой собственный, но какъ взглядъ Римлянъ и, называя его одностороннимъ, ищетъ корень патриціата въ общихъ условіяхъ италійской культуры, въ существованіи знатныхъ родовъ, которые были раньше, нежели образовался сенатъ.

Въ т. II, стр. 54, Швеглеръ и Петеръ рекомендуются въ качествѣ представителей *двухъ противоположныхъ мнѣній* о запрещеніи XII таблицами браковъ между патриціями и плебеями, а между тѣмъ оба эти писатели держатся *совершенно одинаковаго воззрѣнія.*

Можно было бы наполнить не мало страницъ указаніемъ подобныхъ ошибокъ и недосмотровъ. Провѣрить всѣ цитаты книги г. Азаревича отъ ея начала до конца мы не считали необходимымъ, *потому-что почти на каждой страницѣ, подвергнутой подобной провѣркѣ, намъ приходилось замѣчать какую-либо погрѣшность* или противъ литературы, или противъ источниковъ, *а нерѣдко и цѣлый рядъ подобныхъ погрѣшностей.* Вообще отношеніе автора къ пособіямъ и источникамъ, и въ особенности къ послѣднимъ въ высшей степени невнимательно и произвольно. Его цитаты часто не подтверждаютъ и нерѣдко противорѣчатъ самымъ очевиднымъ образомъ основанному на нихъ тексту; имѣя особый интересъ разграничить явленія ранняго и поздняго времени римской республики, онъ не затрудняется основывать свои положенія о древнемъ состояніи на фактахъ сравнительно позднихъ, а древніе факты приводить въ подтвержденіе положеній, относящихся къ новымъ состояніямъ, иногда ссылаясь тутъ и тамъ на одно и то же событіе. Есть основаніе предполагать, что авторъ не всегда читалъ цитуемые имъ источники, или же читалъ ихъ поверхностно, не ставя въ связь весь ходъ разсказа древнихъ авторовъ, и подобнаго рода обращеніе съ источниками обнаруживается самымъ яснымъ образомъ относительно Тита Ливія, несомнѣнно заслуживающаго, въ качествѣ главнаго памятника, наибольшаго вниманія со стороны автора. Вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ упрекнуть его въ недостаткѣ критическаго отношенія къ источникамъ. Не обращая вниманія на установленное въ наукѣ различіе въ степени довѣрія къ римскимъ историкамъ, и ничѣмъ не опровергнувъ господствующій взглядъ на этотъ предметъ, авторъ не затрудняется, напримѣръ, отвергать (I, 123) свидѣтельство Ливія («который могъ исказить свои источники заключеніемъ отъ своего времени») словами Діонисія и Плутарха («которые могли придерживаться точно своихъ источниковъ») и находитъ возможнымъ ссылаться на Зонара (I, 118) и Боэція (II, 119), приводя слова послѣдняго противъ буквальнаго смысла словъ Гайя. Напротивъ, въ другомъ мѣстѣ (I, 219) отвергаетъ массою совершенно ясное

свидѣтельство греческихъ писателей на основаніи только ихъ чуждаго происхожденія и жизни въ позднѣйшія времена республики. Все это вмѣстѣ взятое превращаетъ большую часть выводовъ автора въ бездоказательныя положенія и сильно подрываетъ научное достоинство сочиненія.

Къ пріемамъ западныхъ изслѣдователей авторъ относится вообще рѣзко за общее будто бы имъ стремленіе навязывать древней римской исторіи свои собственныя, предвзятыя воззрѣнія; онъ отказывается, далѣе, отъ сравнительнаго метода изслѣдованія по той только причинѣ, что не сохранилось извѣстій о формахъ аристократіи у древнихъ италійскихъ племенъ, родственныхъ Римлянамъ, и рѣшается при объясненіи римской древности исходить изъ состояній позднѣйшихъ и достовѣрныхъ. По поводу этого слѣдуетъ сказать: *Во первыхъ*, авторъ невѣрно передаетъ сущность господствующихъ на западѣ пріемовъ изслѣдованія. Онъ, очевидно, смѣшиваетъ порядокъ изложенія съ порядкомъ мышленія, когда отказывается видѣть основательность въ изслѣдованіяхъ Моммзена только потому, что они составляютъ какъ бы комментарій къ его римской исторіи, «хотя во всѣхъ частныхъ вопросахъ и выходятъ изъ историческихъ временъ» и хотя самъ же заимствуетъ у Моммзена и самую мысль о нормальномъ методѣ,—или же когда не видитъ въ воззрѣніяхъ Іеринга ничего кромѣ развитія апріорно построенныхъ идей. Отношеніе автора къ этому послѣднему писателю тѣмъ болѣе странно, что ему авторъ обязанъ наиболѣе, можетъ быть, своимъ основнымъ взглядомъ на отношеніе патриціевъ и плебеевъ въ сферѣ гражданскихъ правъ.—*Во вторыхъ*, авторъ выказываетъ неправильное пониманіе существа сравнительнаго метода, ограничивая его областью одной непосредственной аналогіи. Разрѣшеніе вопроса о патриціяхъ и плебеяхъ зависитъ отъ разрѣшенія многихъ другихъ вопросовъ, какъ это убѣдительнѣйшимъ образомъ показываетъ и самъ авторъ, входя въ разсмотрѣніе многихъ побочныхъ предметовъ. Отчего же сравнительный методъ не примѣнимъ къ ихъ изученію? Родовой бытъ, родовое государство, древнее экономическое состояніе и многое другое, о чемъ говорится въ сочиненіи «Патриціи и плебеи» могло бы успѣшно выясниться при помощи сравнительнаго метода.—*Въ третьихъ*, авторъ не всегда понимаетъ правильнымъ образомъ и тотъ методъ, который онъ самъ рекомендуетъ. «Выходить изъ поздняго при объясненіи ранняго» превращает-

ся въ книгѣ иногда въ *простое отождествленіе* позднѣйшихъ отношеній съ древнѣйшими. Такъ, придя къ выводу, что въ позднѣйшія республиканскія времена не существовало двухъ видовъ народныхъ собраній (стр. 49), авторъ отвѣчаетъ (стр. 50) этимъ выводомъ на общій вопросъ (стр. 23) объ участіи патриціевъ и плебеевъ въ собраніяхъ; или, на стр. 55. 56 позднѣйшій характеръ аусипцій, безъ дальнѣйшихъ разсужденій, переносится на древнее время,—въ обоихъ случаяхъ совершенно игнорируются возможность и необходимость историческаго развитія разсматриваемыхъ институтовъ.—Наоборотъ, гдѣ противоположное отношеніе согласуется съ воззрѣніемъ автора, тамъ онъ склоненъ видѣть анахронизмъ, въ свидѣтельствахъ источниковъ, какъ напр. I, стр. 142, прим. 1,—143, прим. 8 или I, 123.—Методологическое несовершенство сочиненія выразилось, далѣе, въ *неясности руководящихъ идей, противорѣчіяхъ, поспѣшности умозаключеній, и крайней неотчетливости и небрежности языка.*

Такъ, авторъ придаетъ особое значеніе различію между правомъ и простымъ обычаемъ или фактическимъ долговременнымъ существованіемъ какихъ-либо отношеній. Онъ думаетъ, что всѣ привилегіи патриціевъ были вообще фактомъ, а не правомъ (ср. стр. 60. 61. 76. 77). Эта мысль составляетъ основную идею всей книги. Но онъ нигдѣ не даетъ объясненія различію, существующему между этими двумя понятіями, такъ что остается невыясненнымъ, чѣмъ «долговременный фактъ» г. Азаревича отличается отъ признаваемаго обыкновенно наукою обычнаго права. Разсуждая же о запрещеніи брака между патриціями и плебеями, онъ смѣшиваетъ оба эти понятія, не замѣчая, что такимъ путемъ онъ возвращается къ господствующему воззрѣнію и дѣлаетъ ненужнымъ все свое пространное изслѣдованіе:

II, стр. 54. Наука уже давно задавалась вопросомъ; слѣдуетъ ли считать это запрещеніе браковъ между плебеями и патриціями за первоначальное, или же только *впервые установленное XII таблицами?* Если мы принимаемъ послѣднее....

Стр. 56. Законъ XII таблицъ

Стр. 61. Итакъ мы полагаемъ, что запрещеніе имѣло такой смыслъ... Или болѣе точно по воззрѣнію большинства писателей XII таблицъ въ общемъ были только *письменныя выраженія правовыхъ обычаевъ*, по-

выражаетъ *не обычное право*, а только обыкновенное до него явленіе жизни.

чему сложившееся уже обособленіе вошло въ сводъ въ видѣ запрещенія браковъ.

Подобное же отсутствіе отчетливости въ идеяхъ, сопряженное съ противорѣчіями, проявляется и въ другихъ мѣстахъ книги. См. напр.:

I, стр. 8. прим. 1. Свидѣтельство Цицерона о сухости разсказа древнѣйшихъ историковъ принимается авторомъ за свидѣтельство о ихъ краткости.

Стр. 174. «Мы не раздѣляемъ взгляда, по которому характеръ царской власти измѣняется по періодамъ. Мы полагаемъ, что *объемъ* ея говоритъ *за одинъ и тотъ же характеръ ея* во весь царскій періодъ».

Стр. 177. «Объемъ власти высшаго властителя остается тотъ же, но *характеръ ея измѣняется*».

Страницы, говорящія о приданомъ, содержатъ въ высшей степени спутанную перетасовку понятій:

Стр. 110. «Бракомъ мужъ первоначально *не получалъ по праву вообще никакого имущества*».

Стр. 111. «Существуютъ всѣ основанія полагать, что римляне *знали всегда институтъ приданаго*. Не дать приданаго считалось *позоромъ, несчастіемъ, это одареніе не было нисколько обязательнымъ*».

Стр. 112, *но развилось только путемъ обычая, жена не обязывается помогать мужу въ onera matrimonii своимъ имуществомъ.*

I, стр. 156. «Почти нѣтъ сомнѣнія, что въ древности такъ называемое *emptio gentis*, переходъ въ другой родъ путемъ брака, *arrogatio*, усыновленіе лица не подчиненнаго семейной власти, и, наконецъ, *завѣщанія*, съ соединеннымъ съ ними detestatio sacrorum могли совершаться только въ куріатскихъ собраніяхъ. Этими актами ограничивалась вся компетентность

Стр. 158. «Итакъ, если посмотрѣть на характеръ актовъ, то увидимъ, что они ограничиваются *двумя* случаями: когда лицо выступило изъ рода, и когда отмѣнялось наслѣдованіе по закону» (а arrogatio?—или авторъ думаетъ, что arrogatio имѣло мѣсто всегда по отношенію къ чужеродцу? но гдѣ же онъ доказалъ это)?

куріатскихъ собраній въ царскій
періодъ».

и мног. друг.

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что большая часть разсужденій автора не выдержана въ логическомъ отношеніи, выводы его поспѣшны, не вытекаютъ изъ посылокъ, а иногда являются вовсе безъ посылокъ. Изложеніе сдѣлано языкомъ крайне неправильнымъ, а мѣстами безсмысленнымъ (ср. стр. 21, стр. 5 сл., 122 вн., приложеніе 107 вв...,); встрѣчаются цѣлыя страницы, смыслъ которыхъ неуловимъ (I, 165, 166, прил. 113—115 и друг.); приходится вчитываться въ нѣкоторыя страницы нѣсколько разъ для того только, чтобы опредѣлить, чье мнѣніе—свое или чужое—авторъ излагаетъ, и т. п.

Въ заключеніе, отдавая всю справедливость количеству труда, потраченному г. Азаревичемъ для составленія его сочиненія и стремленію автора отнестись самостоятельно къ предмету изслѣдованія, мы полагаемъ, что вышесказанные недостатки его книги подрываютъ въ очень сильной степени ея научное достоинство. Широта претензій не спасаетъ ученаго сочиненія, если она не сопровождается соотвѣтствующимъ исполненіемъ; требовать же тщательности въ передачѣ фактовъ, отчетливости въ идеяхъ и ясности въ ходѣ доказательствъ,—критика въ правѣ отъ каждаго труда, тѣмъ болѣе отъ такого, который претендуетъ на низложеніе всей, господствующей въ наукѣ догмы.

Сергѣй Муромцевъ.

БИБЛІОГРАФИЧЕСКІЯ ЗАМѢТКИ

I.

ЛЮБОВЬ, ПРЕСТУПЛЕНІЕ И НРАВСТВЕННОСТЬ соч. *Ю. Охоровича*, пер. съ польскаго А. Е. Минскъ, 1876 г.

Національные предразсудки, рабство въ отношеніи старины, идеализація событій роднаго края, иногда доходящая до очевиднаго оптимизма, опасеніе подорвать право на политическую самобытность—вотъ обычные спутники и характеристическія черты польскихъ писателей еще недавнаго времени. Но за то отрадное явленіе представляетъ тотъ новый кружокъ польскихъ писателей, тотъ лучшій букетъ цвѣтовъ польской активной интеллигенціи, который, среди полнаго умственнаго сна своихъ соотечественниковъ, укрѣпляется на почвѣ общечеловѣческаго просвѣщенія, предлагаетъ новые идеалы для жизни и освобождается отъ національныхъ предразсудковъ, высказывая сознательно и съ пользой въ будущемъ теплую идею о сближеніи націи польской съ Русскими. Къ этому-то кружку примыкаетъ и молодой, даровитый ученый Юліанъ Охоровичъ. Его вліяніе въ наукѣ несомнѣнно. Въ то время какъ многіе изъ его соотечественниковъ по своей умственной близорукости, возмущаются идеями Конта, Милля и др., онъ вооружаетъ противъ себя этихъ безгласныхъ претендентовъ на философскія измышленія прекрасной монографіей «задачи психологіи въ XIX вѣкѣ» покоющейся на почвѣ позитивной; его идея сосредоточена на положительныхъ и практическихъ вопросахъ жизни,—онъ чуждъ безплодныхъ утопій и увлеченій. Г. Охоровичъ присоединился къ общей

цѣли сказаннаго поколѣнія—поставить отечественную культуру на пьедесталъ европейской. Точныя науки, знанія реальныя, по взгляду представителей современнаго польскаго поколѣнія,—вѣрная гарантія для процвѣтанія народнаго благосостоянія матеріальнаго и нравственнаго. Не такъ еще давно г. Охоровичъ какъ спеціалистъ положительной философіи и психологіи, принялъ на себя почтенную роль редактора «библіотеки позитивной философіи» и высказалъ въ ней прекрасный взглядъ на характеръ и значеніе послѣдней; а въ настоящее время онъ получилъ приглашеніе на каѳедру философіи въ Лембергскомъ университетѣ. Нѣкоторыя изъ его сочиненій переводятся на богемскій языкъ. Біографическія свѣдѣнія о г. Охоровичѣ можно найти въ словарѣ Палацкаго.

Краткому введенію авторъ предпослалъ нѣсколько строкъ изъ соч. В. Гюго, вполнѣ изчерпывающихъ всю трудность занимающаго его предмета, «....Есть видъ величественнѣе моря это небо; есть видъ величественнѣе неба—это нѣдро души». Въ самомъ введеніи онъ указываетъ въ широкомъ смыслѣ предметъ своего сочиненія „нѣсколько задачъ изъ обширной области чувствованій и дѣяній человѣческихъ. Только любовь сильнѣе вѣры вростаетъ въ сердце человѣка," а «сильнѣе любви только надежда». Преступленіе—это «вѣра безъ любви и надежды". Въ заключеніе введенія авторъ приглашаетъ вниманіе читателей къ разсмотрѣнію таинственныхъ звеньевъ дѣлъ человѣческихъ и высказываетъ надежду, что прогрессъ науки сдѣлаетъ ихъ вполнѣ понятными. Отдавая такимъ образомъ рѣшеніе затрогиваемаго вопроса въ мощныя руки недалекаго прогресса, авторъ, какъ заключаемъ изъ дальнѣйшаго изложенія, относится къ нему съ благоговѣніемъ и смотритъ на свой трудъ, какъ на посильную только лепту въ разработкѣ еще темной области человѣческихъ знаній.

Сочиненіе г. Охоровича дѣлится на три главы: 1-я эгоизмъ и совѣсть, 2-я любовь по отношенію къ преступленію и 3-я послѣдніе дни великихъ преступниковъ. Мы дозволимъ себѣ болѣе или менѣе обстоятельно о каждой изъ нихъ отдѣльно говорить.

Въ первой главѣ авторъ говоритъ о дѣйствіяхъ обдуманныхъ и изложенію послѣднихъ предпосылаетъ весьма удачный взглядъ на всеобщую борьбу по «закону бытія», причемъ окончательная побѣда остается въ рукахъ сильнѣйшаго элемента—борца. Но

его естественно поражаетъ тотъ диссонансъ, который существуетъ между результатомъ побѣды умственной и нравственной: человѣкъ силою величайшаго своего дара—разума въ теченіе уже многихъ вѣковъ одерживаетъ побѣды надъ слѣпыми физическими силами, далеко не будучи въ состояніи побѣждать самого себя. Раздѣливъ дѣйствія человѣческія на обдуманныя (спокойствіе, самосознаніе) и безсознательныя (болѣзненныя состоянія), г. Охоровичъ дѣлитъ первыя на корыстныя (ученіе за деньги) и безкорыстныя (ученіе ради самого ученія), даетъ понятіе о тѣхъ и другихъ, стоя на точкѣ зрѣнія обыденной жизни и оставивъ послѣднюю становится на почву строгой науки. Нельзя не отдать тутъ полной справедливости автору—его опредѣленія совѣсти и самолюбія прекрасны, истинно реальны и, по нашему мнѣнію, весьма удачно изчерпываютъ характеръ той и другой. Послушаемъ ихъ. «Самолюбіе" (самолюбивое ощущеніе) это «сумма чувствованій и наклонностей, побуждающихъ человѣка пріискивать барыши (въ широкомъ, конечно, смыслѣ) только для себя, а избѣгать только тѣхъ непріятностей, которыя могутъ коснуться его самого» (р. 8), «Совѣсть это сумма чувствованій и наклонностей (ощущеніе нравственное), побуждающихъ человѣка искать пріятности дѣлая добро другимъ, и избѣгать досады отъ того, что онъ дѣлаетъ зло» (р. 9). Эгоистъ, можно сказать, даже не получаетъ пріятности отъ самаго поступка, какъ человѣкъ нравственный, но отъ послѣдствій его и то подъ условіемъ только пользы отъ поступка.

Г. Охоровичъ рисуетъ далѣе возможно-полную картичу проявленія дѣятельности у человѣка самолюбиваго и нравственнаго. Физіологическое основаніе эгоизма и совѣсти существенно различно: первый спутникъ «всякой чувствующей организаціи», а послѣдняя—плодъ дальнѣйшей жизни и вліянія окружающей среды, которая, какъ видно изъ послѣдней главы, можетъ и совсѣмъ парализировать появленіе совѣсти, почву для которой приготовляетъ самолюбіе. Составные элементы послѣдняго это во 1-хъ самолюбивое чувство и во 2-хъ наклонность къ самолюбивымъ поступкамъ, а нравственное чувство и наклонность къ нравственнымъ поступкамъ—элементы совѣсти. Чувство и наклонность находятся въ неразрывной между собою связи, что авторъ подкрѣпляетъ уже тѣмъ, что человѣкъ, не чувствующій влеченія къ добру и отвращеніе ко злу, не можетъ отличить ихъ въ нравственной сущности. Человѣкъ съ нравственнымъ чув-

ствомъ оцѣниваетъ поступки свои и другихъ людей тѣмъ впечатлѣніемъ, какое характеръ даннаго поступка производитъ на него. Но «при оцѣнкѣ нравственности въ ея истинномъ смыслѣ» разуму принадлежитъ пассивная, отрицательная роль, онъ только можетъ благопріятно вліять на среду, помогающую развитію чувства правды, стыда, чести и пр; но «развитіе ума не есть развитіе совѣсти», что доказывается возможностью глубоко нравственнаго развитія безъ всякаго образованія и наоборотъ; одно теоретическое образованіе, развивая умъ, можетъ быть безразличнымъ въ дѣлѣ нравственности, нуждающейся въ «примѣрѣ живой науки». Эти обстоятельства приводятъ г. Охоровича къ тому заключенію, что мнѣнія нѣкоторыхъ моралистовъ, а въ томъ числѣ и современныхъ Ам. Жака и Ж. Симона, будто разумъ сѣдалище нравственности, лишены практическаго и научнаго основанія. „Совѣсть", говоритъ авторъ «не тождественна съ интеллигенціей», которая не можетъ «создать чувства тамъ, гдѣ оно само не обнаружилось», такъ что никакіе доводы моралиста не могутъ пробудить истиннаго чувства въ человѣкѣ (если его нѣтъ), который, однако, можетъ согласиться на доводы моралиста, а «эгоистическіе виды» могутъ даже обнаружить въ немъ проблески того или другаго чувства.

Человѣкъ проникнутый извѣстнымъ чувствомъ, будетъ весь въ этомъ чувствѣ съ его мыслью и ея осуществленіемъ, мало того,—чувство это и соотвѣтствующая ему наклонность будутъ обусловливать собою и характеръ его интеллигенціи, такъ что человѣкъ съ дурными наклонностями будетъ въ умственномъ отношеніи рабомъ послѣднихъ, а дальнѣйшее развитіе его интеллигенціи, гарантирующей возможность скорѣе и легче избѣжать наказанія, можетъ даже принести обратный результатъ увеличить степень безнравственности и придать новую силу энергичной смѣлости продолжать путь противозаконный. Принявъ въ соображеніе этотъ психологическій анализъ, совершенно игнорируемый судебной практикой, г. Охоровичъ отрицаетъ предположеніе, будто отвѣтственность за преступленіе пропорціональна умственному развитію преступника, такъ какъ необразованный, но нравственный человѣкъ скорѣе сознаетъ всю безнравственность и глубину противозаконнаго дѣянія, чѣмъ «интеллигентный злодѣй»,—это положеніе, кажется намъ, не требуетъ комментарія. Въ заключеніе вопроса о независимости совѣсти отъ интеллигенціи авторъ ссылается на извѣстнаго англійскаго

философа Рейда, который между прочимъ говоритъ если внутренній свѣтъ не разъясняетъ зла отъ добра, то такой субъектъ неспособенъ разсуждать о нравственности, какъ слѣпой о различіи цвѣтовъ.

Представивъ читателю, такъ сказать, модель нравственности и эгоизма, авторъ переходитъ къ разсмотрѣнію законовъ, управляющихъ наклонностями совѣсти и самолюбія на пути ихъ къ дѣйствію и останавливается только на наклонностяхъ нравственныхъ, что вполнѣ удовлетворяетъ научной цѣли его сочиненія. Въ ряду этихъ законовъ онъ отмѣчаетъ слѣдующій: пріятность отъ удовлетворенія извѣстной наклонности находится въ прямомъ отношеніи къ ея напряженію, что авторъ подкрѣпляетъ нѣкоторыми доводами и примѣрами и что вполнѣ понятно послѣ того, какъ онъ положительными данными опровергъ мнѣніе Деспина, будто есть и такія наклонности, удовлетвореніе которыхъ не производитъ пріятности. Авторъ отмѣчаетъ и другой весьма важный психологическій абсолютный звконъ: ощущенія пріятныя производятъ наклонность къ удержанію ихъ, ощущенія непріятныя возбуждаютъ стремленіе отвратить тѣ причины, которыя ихъ вызвали» (p. 18). Подъ вліяніемъ этого закона дѣйствуетъ самоубійца, на немъ же основано и самопожертвованіе, исключительной причиной котораго авторъ называетъ «любовь къ лицу, къ идеѣ» и въ послѣднемъ случаѣ самопожертвованіе возможно только подъ условіемъ, такъ сказать, единосущности идеи съ субъектомъ, т. е. слитія ея въ плоть и кровь послѣдняго до того, что она, кажется, составляетъ какъ бы одно существо съ нимъ. Авторъ не опустилъ безъ вниманія и того самопожертвованія, которое является прямымъ результатомъ слѣдованія идеѣ, «навязанной извнѣ» и приводитъ краснорѣчивый примѣръ жертвы «слѣпой вѣры, тупоумія и самолюбія» въ лицѣ 19-ти лѣтней Поолесбай (p. 24—32); онъ беретъ случай, разсказанный сэромъ Меллетомъ изъ религіозныхъ обычаевъ Индіи сожигать живыхъ женъ вмѣстѣ съ трупами мужей. Вопросъ объ удовлетвореніи наклонностей г. Охоровичъ заканчиваетъ слѣдующими истинами: воля «произведеніе всѣхъ, въ данную минуту дѣйствующихъ» наклонностей—самая сильная наклоннность, за каковою только и можетъ быть побѣда въ данное время; «только соотвѣтственными наклонностями душевными и нравственными возможно осилить наклонности плотскія, безнравственныя; наконецъ, кто не обладаетъ первыми, тотъ не имѣетъ и вольной воли, чтобы осилить другія» (p. 39),

Авторъ далѣе основательно разбираетъ сущность и вліяніе какъ добрыхъ, такъ и злыхъ (нравственныхъ и матеріальныхъ) побужденій; при этомъ онъ приводитъ 16 «правилъ» моралиста Ларошъ фуко, усматривающаго основную причину влеченія къ добру только въ добрыхъ самолюбивыхъ побужденіяхъ, что авторъ конечно, опровергаетъ. Мы дозволимъ себѣ привести здѣсь три изъ указанныхъ правилъ, какъ особенно характерныхъ, по нашему мнѣнію.

44. „Презрѣніе богатствъ было у философовъ скрытымъ желаніемъ отмщенія фортунѣ за то, что она отказала имъ въ нихъ.»

29. «Восхваляемъ добродѣтели и порицаемъ преступленіе только для интереса».

161. «Добродѣтели такъ пропадаютъ въ интересѣ, какъ рѣки къ океанѣ» (р. 48—49). Параллельно этимъ «правиламъ» г. переводчикъ приводитъ три «максимы» польскаго мыслителя XVII в. Фредра.

Въ противовѣсъ этому одностороннему мнѣнію стараго моралиста авторъ выдвигаетъ нравственное побужденіе, какъ «единственное, лишенное интереса и то оглядывающагося на послѣдствія». Совѣсть и единственно она можетъ парализовать злыя наклонности, а въ соединеніи съ чувствомъ эстетическимъ составить «прочное основаніе нравственности» (р. 52).

Разсмотрѣвъ условія дѣйствія наклонностей, 4-хъ спутниковъ борьбы съ злыми наклонностями: 1) одно нравственное чувство, 2) нравственное чувство съ добрыми побужденіями, 3) одни эгоистическія побужденія, 4) побужденія просто въ силу интереса), г. Охоровичъ довольно обстоятельно излагаетъ борьбу наклонностей порознь, при подкрѣпленіи съ обѣихъ сторонъ новыми силами, что составляетъ такъ называемую внутреннюю борьбу. Какой возмутительный характеръ можетъ принимать послѣдняя, какія пагубныя слѣдствія могутъ быть въ ея результатѣ (изчерпываніе мозговой матеріи, психическія страданія, смерть) все это какъ нельзя нагляднѣе очерчено авторомъ въ лицѣ нѣкоего Ив. Вальжана (г. Мадлена, мэра города М.). Авторъ самъ говоритъ, что онъ ничего лучше не могъ пріискать для возможно полной характеристики внутренней борьбы, какъ воспроизвести поразительный психологическій эпизодъ изъ жизВ., «обработанный геніальнымъ перомъ В. Гюго» (изъ 3-го т. его соч. des Miserables, гл. Une tempête sous un crâne). Первую

главу своего сочиненія, составляющую половину всей книги, авторъ оканчиваетъ разсмотрѣніемъ совѣсти со стороны сравнительно-генетической. Основная мысль этого отдѣла состоитъ въ томъ, что совѣсть не есть способность всеобщая,—«нормальный человѣкъ отъ рожденія не добръ и не золъ... никто не рождается съ готовою совѣстью, никто не можетъ развить ее въ самомъ себѣ безъ сообщества съ другими, безъ вліянія извнѣ» (p. p. 74, 79—80). Авторъ приходитъ къ этой мысли совершенно послѣдовательно, путемъ глубокаго изученія нравственной исторіи человѣчества. Возможность подобнаго заключенія г. Охоровича является слѣдствіемъ для него анализа совѣсти нѣкоторыхъ отдѣльныхъ лицъ и цѣлыхъ націй—совѣсть Гусса, членовъ констанцкаго собора, совѣсть политическая, совѣсть евреевъ; онъ основывается на показаніяхъ нѣкоторыхъ естествоиспытателей (Бремъ 1856 г.), путешественниковъ (Буртонъ), психологовъ (Ѳедоръ Вайцъ, Деспинъ) о крайней уродливости совѣсти, доходящей до того, что напримѣръ Ново-Каледонцы, по Деспину, «вовсе не понимаютъ, что можетъ быть хорошаго и добраго въ чувствѣ сострадания, въ пощадѣ человѣческой жизни»,—человѣка они ѣдятъ, а животное у нихъ «божество». «Неграмъ восточной Африки сострадание, справедливость, семейная любовь, стыдливость, совѣсть и ея упреки совершенно чужды» (по Буртону). Эти указанія неизбѣжно приводятъ г. Охоровича къ тому заключенію, что даже нѣкоторыя животныя въ большей степени владѣютъ нравственнымъ чувствомъ, чѣмъ «люди природы». Авторъ, кромѣ того, ссылается на сочиненія Бюхнера (Kraft und Stoff) и Lamarcke (Des races humaines à propos de conquête de la civilisation).

Предметъ второй главы страсть, т. е. по опредѣленію автора, «прилипъ чувства... вождь деспотъ въ области мысли, приказывающей всѣмъ процессамъ души покрываться колоритомъ повелителя» (p. 87). Какъ всякая сила, страсть находится подъ вліяніемъ физическихъ законовъ и, подобно растенію, связана съ извѣстными условіями для своего развитія. Количество и родъ страстей—этотъ богатый источникъ войны, великихъ предпріятій, преступленій, самоубійствъ»—идутъ рука объ руку со степенью развитія цивилизаціи и физическими условіями данной мѣстности. Страсть зараждается постепенно, растетъ, крѣпнетъ и, при благопріятныхъ условіяхъ, широко разливается, подобно жидкости въ сосудѣ отъ прибавленія къ нему лишней капли,

увлекая на своемъ пути теченіе мыслей и чувствъ, обращая человѣка въ героя, сумасшедшаго, преступника и пр. Уже ребенокъ проявляетъ въ себѣ вліяніе той или другой страсти, ничтожной по самой природѣ (его), но грозной въ будущей перспективѣ, чуждой своевременныхъ раціональныхъ заботъ (со стороны лицъ, близко стоящихъ къ молодой натурѣ) о направленіи силъ ребенка на полезный родъ занятій въ предотвращеніе тѣмъ печальной возможности сдѣлаться легкой жертвой какихъ-либо гнетущихъ обстоятельствъ въ жизни, что прекрасно уясняется авторомъ [изъ приведеннаго имъ примѣра, въ которомъ такъ не одинакова судьба человѣка слабаго, впечатлительнаго, далеко не проникнутаго идеей труда и человѣка, діаметрально противоположнаго ему.

Ревность, какъ заключительный актъ любви въ нѣкоторыхъ субъектахъ, въ состояніи окончательно парализовать нормальное отправленіе ума и заглушить благороднѣйшее чувство нравственности до того, что данный субъектъ актъ преступленія можетъ считать для себя величайшимъ счастьемъ, всецѣло успокоивающимъ его, что отрицали моралисты прежняго времени. Счастье это подъ вліяніемъ эгоистическаго чувства можетъ скоро изчезнуть, въ доказательство чего мы находимъ у автора примѣръ присутствія чувства мести и ненависти послѣ акта преступленія въ лицѣ Ф...

Авторъ вскользь касается идеальной любви «любви для любви», находитъ ее у Байрона, Данта, Ж. Ж. Русссо въ возрастѣ, еще чуждомъ вліянія плотской любви. Довольно обстоятельно излагаетъ процессъ развитія страсти, подкрѣпляетъ его примѣрами идеальной религіозной любви, сыновней, материнской и любви къ бездушнымъ предметамъ (книги), что составляетъ непосредственную причину преступленія, и заключаетъ прекраснымъ резюме въ слѣдующихъ словахъ: «Благороднѣйшія наклонности и чувства, возбужденныя до степени страсти, могутъ довести до преступленія, если нравственное чувство не успѣетъ обуздать и укротить ихъ» (p. 132).

Нравственныя страсти не должны и не могутъ быть устранены репрессивными мѣрами, такъ какъ онѣ составляютъ благороднѣйшую часть человѣческаго существа: „онѣ причина существованія искусствъ, изобрѣтеній и вообще ни одинъ геній не свободенъ отъ нихъ“ (ib); но во всякомъ случаѣ страсти эти всегда нуждаются въ противовѣсѣ имъ нравственнаго чувства,

раціональной системы воспитанія. Нравственное чувство, примѣръ, навыкъ, опытъ—великіе реформаторы нѣдръ души человеческой.

Что касается послѣдней главы соч. г. Охоровича—„послѣдніе дни великихъ преступниковъ“, то, по истинѣ можно сказать, что вопросы, затрогиваемые въ ней авторомъ, составляютъ душу уголовной психологіи.

Характеристической чертой великихъ преступниковъ, преступниковъ по ремеслу, является нравственная аномалія: предъ совершеніемъ дурнаго поступка они не чувствуютъ нравственнаго отвращенія къ нему, а послѣ не слышатъ упрековъ могущественнаго голоса совѣсти; ни чувство любви, ни вѣра не отталкиваютъ ихъ отъ преступленія. Эти люди при представляющемся случаѣ выбора между добромъ и зломъ останавливаются на второмъ по причинѣ отсутствія у нихъ нравственнаго чувства.

Поставивъ преступленіе въ зависимость отъ состоянія даннаго общества и называя первое отраженіемъ послѣдняго, авторъ отрицаетъ предположеніе, будто быть преступникомъ и человѣкомъ нравственнымъ вполнѣ зависитъ „отъ свободной воли“ человѣка, аргументируя это уже невозможностью для нравственнаго человѣка съ невозмутимымъ спокойствіемъ убить ближняго изъ-за одного только желанія удовлетворить своей эгоистической наклонности, нѣтъ, „онъ рѣшительно и съ отвращеніемъ отступилъ бы отъ самой предложенной ему мысли“ (р. 136).

Равнымъ образомъ, на основаніи результатовъ, добытыхъ новѣйшею психологіею, авторъ отрицаетъ возможность всегдашняго существованія рядомъ преступленія и упрековъ совѣсти безъ антагонизма, тогда какъ мирное сожитіе ихъ возможно только подъ условіемъ нравственнаго чувства; признавать же упреки совѣсти всегдашнимъ спутникомъ преступленія—это плодъ нашего субъективнаго заключенія и постановки себя въ положеніе совершившаго преступленіе (по Деспину). Въ существѣ же дѣла характернымъ моментомъ послѣднихъ дней великихъ преступниковъ является „голосъ самолюбія, а не совѣсти“, боязнь и желаніе избѣжать наказанія физическаго (земнаго) и нравственнаго (загробнаго), навѣяннаго послѣднимъ теплымъ словомъ духовника. „Я это (покушеніе на самоубійство) не потому хотѣлъ сдѣлать чтобы меня упрекала совѣсть, но чтобы не попасть въ тюрьму“—такъ говорилъ весьма оригинальный типъ великихъ злодѣевъ—Лемеръ (по Деспину), который публично

заявилъ, что причиною трехъ убійствъ была для него «алчность» Въ этомъ примѣрѣ г. Охоровичъ видитъ «нравственное помѣшательство» (у Англичанъ «moral insanity, прибавимъ мы), игнорированіе котораго дѣлаетъ «нравственно помѣшаннаго» «предметомъ мщенія закона», тогда какъ психически больной съ ясно выраженными симптомами помѣшательства пользуется покровительствомъ закона. «Я не могу трудиться... еели не приговорите меня къ смерти я заморю себя голодомъ» говорилъ тотъ же Лемеръ и «много благодарилъ трибуналъ и присяжныхъ судей» по произнесеніи надъ нимъ смертнаго приговора (Охор., р. 143—144).

Отвага и хладнокровіе чаще всего характеризуютъ молодость при исполненіи смертной казни, что и понятно «такъ какъ гораздо легче отказаться отъ сомнительнаго будущаго, чѣмъ отъ прошедшаго, привязавшаго насъ къ жизни» (р. 145). «Г. палачъ, хорошо ли я помѣстилась», говорила 15 лѣтняя дѣвочка подъ гильотиной. «Я нисколько не боюсь... и въ состояніи умереть съ отвагой, говорилъ «эшафотный герой» (р. 146—147) Тропманъ, чуждый совершенно нравственнаго чувства, но обнаружившій при томъ слабые проблески чувства любви, дружбы, чувства религіознаго, что возможно и подтверждается наблюденіями нравственной жизни. Авторъ приводитъ богатую для своей цѣли характеристику послѣднихъ дней великаго преступника Дюмалара «убійцы слугъ», Шанделе, Селліе, это, по мнѣнію г. Охоровича «нравственные идіоты» съ наслѣдственнымъ анормальнымъ устройствомъ мозга, въ нравственномъ отношеніи стоящіе ниже животныхъ, и слѣдовательно, и внѣ отвѣтственности предъ судомъ. Въ заключеніе своего сочиненія авторъ приводитъ нѣсколько примѣровъ симулированнаго раскаянія, проявленія на первый разъ безупречнаго нравственнаго чувства, а въ существѣ дѣла самолюбивыхъ побужденій.

Въ заключеніе мы долгомъ считаемъ сказать о томъ пріятномъ впечатлѣніи, какое оставляетъ сочиненіе г. Охоровича. Читателямъ, кажется намъ, уже достаточно можно ознакомиться съ весьма серьезнымъ, научнымъ характеромъ интересующаго насъ сочиненія, которое мы рекомендуемъ, какъ достойное серьезнаго вниманія всѣхъ мыслящихъ людей вообще, а психологовъ и юристовъ въ особенности. Это сочиненіе, по нашему мнѣнію, прекрасная картина нравственной жизни человѣчества, хотя, взявъ во вниманіе неодинаковую полноту затрогиваемыхъ авто-

ромъ вопросовъ, а мѣстами изложеніе съ характеромъ конспекта, невольно приходишь къ тому заключенію, что оно въ этомъ отношеніи представляетъ широкій подготовительный матеріалъ для будущаго многотомнаго сочиненія.

Что касается перевода, то, съ одной стороны можно принести г. переводчику благодарность за представленную имъ возможность ознакомиться съ лучшимъ современнымъ произведеніемъ польской умственности; а, съ другой, нельзя не сожалѣть, что его переводъ оставляетъ желать многаго. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ ясная вообще мысль автора выходитъ значительно затемненной изъ подъ пера г. переводчика.

В. Борзаковскій.

1877 г. января 18 дня.

II.

СБОРНИКЪ ОБЫЧНАГО ПРАВА СИБИРСКИХЪ ИНОРОДЦЕВЪ. Изданіе *Д. Я. Самоквасова.* Варшава 1876. стр. 282—XII.

Каждый являющійся въ печати сборникъ обычнаго права, дѣйствующаго на данной территоріи, представляетъ собою драгоцѣнный матеріалъ для науки и для практической жизни. Съ одной стороны историческое изученіе права, съ другой—обязанность законодателя дать народу законы, согласные съ его потребностями, обусловливаютъ значеніе такихъ сборниковъ.

Предъ нами „Сборникъ обычнаго права Сибирскихъ инородцевъ". Какъ видно изъ предисловія г. Самоквасова, онъ составился изъ данныхъ, которыя были собраны въ двадцатыхъ годахъ нашего столѣтія. Инородцы отвѣчали на предлагаемые имъ вопросы письменно на своихъ собственныхъ языкахъ, подтверждая свои отвѣты собственными подписями, приложеніемъ печатей и фамильныхъ знаковъ. Составившійся такимъ путемъ сборникъ поступилъ въ вѣдѣніе II-го отдѣленія собственной Его Величества канцеляріи, а потомъ былъ переданъ въ распоряженіе Д. С. С. Велички, которому было поручено составленіе свода мѣстныхъ законовъ для Сибири. Сенаторъ Губе, состоявшій на службѣ при гр. Блудовѣ, главноуправляющемъ II отдѣленіемъ, имѣлъ возможность разсмотрѣть этотъ, тогда уже переведенный на русскій языкъ сборникъ и оцѣнивъ его значеніе составилъ для себя копію. Въ настоящее время какъ оригиналъ такъ и подлинный переводъ пропали неизвѣстно куда, и копія сенатора Губе представляетъ единственный экземпляръ этого любопытнаго сборника. Въ 1874 г. Сенаторъ Губе продалъ эту драгоцѣнную рукопись Императорскому Варшавскому Университету, по опредѣленію котораго она является въ печати.

Г. Самоквасовъ находитъ что сборникъ несовсѣмъ полонъ: въ немъ нѣтъ указаній на степень измѣненія первобытнаго обычнаго права Сибири подъ вліяніемъ русскаго элемента, а также нѣтъ свѣдѣній относительно юридическаго быта обитателей Сѣверо-Восточнаго угла Азіи. Онъ обѣщаетъ пополнить эти пробѣлы руководствуясь сочиненіями ученыхъ путешественниковъ, оставившихъ довольно полныя описанія быта камчадаловъ, коряковъ, чукчей, алеутовъ и др.

Предисловіе книги посвящено указанію того важнаго значенія, какое имѣетъ для историко-юридической науки основательное изученіе быта народовъ, стоящихъ на низкой ступени развитія. Авторъ вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что сознаніе этого значенія едва начинаетъ проникать въ умы ученыхъ юристовъ и поэтому онъ считаетъ нелишнимъ опредѣлить его точнѣе.

Исходную точку составляетъ мнѣніе высказанное Мэномъ что юристъ изслѣдуя законы, управляющіе обществомъ, долженъ, подобно натуралисту, начать свои изслѣдованія съ самыхъ простыхъ элементовъ, съ простѣйшихъ соціальныхъ формъ. Развивая свою мысль авторъ ставитъ въ параллель естественныя и юридическія изслѣдованія и указываетъ на трудности, встрѣчаемыя послѣдними на своемъ пути. Въ самомъ дѣлѣ,— благодаря закону преемственности, господствующему въ органической природѣ, натуралистъ находитъ въ ней все необходимое для своего изслѣдованія: захочетъ ли онъ изучить какой нибудь организмъ или его исторію, природа даетъ въ готовомъ видѣ весь нужный для этого матеріалъ. Путь юриста гораздо труднѣе. Изучая какой-нибудь общественный организмъ, онъ не имѣетъ предъ собою первобытной, простой его формы: возникновеніе и существованіе ея лежитъ за предѣлами исторіи и на долю юриста выпадаетъ довольствоваться мертвыми памятниками. Авторъ упоминаетъ о тѣхъ памятникахъ, которыми пользовались ученые юристы прежняго времени и указываетъ на сравненіе какъ историческихъ памятниковъ, такъ и современнаго быта народовъ, стоящихъ на различныхъ ступеняхъ цивилизаціи, какъ на могущественныя средства, которыми можно пополнить и уяснить истинный смыслъ этихъ памятниковъ. Приложеніе сравненія въ томъ и другомъ случаѣ авторъ оправдываетъ принятыми въ наукѣ положеніями Лавелэ и Леббока. Вотъ эти положенія: Лавелэ—потребности различныхъ народовъ

были очень сходны въ извѣстныя эпохи и проявлялись въ созданіи учрежденій повсюду одинаковыхъ; Леббока — различные народы, стоящіе на одинаковой ступени политическаго развитія, представляютъ больше сходственныхъ чертъ политико-юридической организаціи, нежели одна и таже раса въ различные періоды ея исторіи. Далѣе авторъ жалуется на недостаточность свѣдѣній о бытѣ народовъ, стоящихъ на низкой ступени развитія; недостаточность эта проявляется въ количествѣ и въ качествѣ. Всѣ сборники основываются на сказаніяхъ путешественниковъ, которыми можно пользоваться крайне осмотрительно. Изслѣдователи быта дикарей сталкиваются на своемъ пути съ громадными затрудненіями: умственный строй дикаря до того разнится отъ нашего, что часто весьма трудно отгадать мотивы руководящіе его дѣйствіями. Дикарь неспособенъ долго напрягать свои умственныя силы, мозгъ его скоро утомляется и на предлагаемые вопросы онъ часто отвѣчаетъ утвердительно, только по тому, что бы избѣжать умственной работы. Это обстоятельство часто вводитъ въ обманъ путешественниковъ и отталкиваетъ отъ дальнѣйшихъ попытокъ.

Что касается до самаго «Сборника», то мы ограничимся указаніемъ вошедшихъ въ него главъ, надѣясь такимъ образомъ указать читателю на то о чемъ говорится въ книгѣ и сохранить краткость библіографической замѣтки. Вотъ перечень главъ:

1. Обычаи калмыковъ и татаръ Бійскаго уѣзда.

Обычаи инородцевъ Кузнецкаго округа.

Обычаи вогулъ, остяковъ и самоѣдовъ.

Обычаи тунгусовъ Нерчинскаго вѣдомства.

Обычаи тунгусовъ вѣдомства князя Гантимурова.

Обычаи бурятъ Верхоленскаго вѣдомства.

Обычаи бурятъ Идинскаго, Тункинскаго, Балаганскаго и Кудинскаго вѣдомства.

Обычаи бурятъ Хоринскаго вѣдомства.

Обычаи бурятъ Селенгинскаго вѣдомства.

Обычаи якутовъ.

Обычаи киргизовъ.

Порядокъ, въ которомъ разсматриваются обычаи указанныхъ племенъ, раздѣленіе на отдѣлы и статьи, наконецъ самая форма выраженія тѣхъ или другихъ нормъ обычнаго права живо напоминаютъ намъ «Сводъ Законовъ», такъ что разсматривае-

мый «Сборникъ» можетъ быть названъ опытомъ кодификаціи обычнаго права Сибири.

Что касается до полноты Сборника, то не смотря на обѣщаніе г. Самоквасова пополнить рукопись г. Губе свѣдѣніями относительно обитателей сѣверо-восточнаго угла Азіи, мы не находимъ никакихъ указаній на счетъ обычаевъ чукчей, камчадаловъ, коряковъ, юкагировъ, курильцевъ, которые безъ всякаго сомнѣнія живутъ на указанной г. Самоквасовымъ территоріи.

Въ концѣ не лишнее будетъ замѣтить что къ Сборнику г. Самоквасовъ не приложилъ никакихъ критическихъ замѣчаній, не сказалъ ни одного слова на счетъ происхожденія того или другого обычая, не сдѣлалъ ни одного сравненія и поэтому „Сборникъ“ въ настоящемъ его видѣ можетъ претендовать скорѣе на практическое значеніе, чѣмъ на названіе ученаго сочиненія. Однакожь, не смотря на это богатый матеріалъ сборника можетъ лечь въ основаніе трудовъ какого нибудь ученаго изслѣдователя, который сравнитъ его съ другими данными, сдѣлаетъ свои выводы, критическія замѣчанія и такимъ образомъ сообщитъ сборнику г. Самоквасова другой видъ и другое значеніе. Такое сочиненіе дѣйствительно составило бы неоцѣненный вкладъ въ сокровищницу науки.

В. Гецевичъ.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА.

„Капиталъ малолѣтняго, образовавшійся изъ подлежавшихъ въ выдачу ему доходовъ съ завѣщаннаго недвижимаго имущества, или изъ части стоимости послѣдняго, и находящійся въ составѣ имущества несостоятельнаго наслѣдника по завѣщанію, обязаннаго произвести выдачу, когда это доказано будетъ завѣщательнымъ актомъ, причисляется къ первому роду домовъ несостоятельнаго (разъясн. 5 п. 1960 ст. т. XI зак. уст. о торг. несост.) и къ долгамъ перваго разряда, по удовлетворенію (тамъ же, 4 п. 1978 ст.)“.

“Объявленіе несостоятельности по собственному признанію должника считается и моментомъ ея открытія (тамъ же, ст. 1878 и 1879)“.

„Мировая сдѣлка, болѣе чѣмъ за шесть мѣсяцевъ до открытія несостоятельности заключенная должникомъ съ частью его заимодавцевъ, считается дѣйствительною и 2015 ст. т. XI уст. торг. къ данному случаю не можетъ имѣть примѣненія“.

Мировая сдѣлка, законно заключенная послѣ неокончательнаго судебнаго рѣшенія, имѣетъ самостоятельное значеніе и равносильна судебному рѣшенію вошедшему въ законную силу. (Ср. ст. 1366 уст. гражд. судопр.).

1876 года ноября 16 дня, по указу ЕГО ИМПЕРАТОРСКАГО ВЕЛИЧЕСТВА, Московская судебная палата, по 2-му гражданскому департаменту, въ публичномъ судебномъ засѣданіи, происходившемъ подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя департамента Е. Е. Люминарскаго, въ составѣ членовъ: Ф. В. Вешня-

кова и Д. С. Охлябинина, при участіи товарища прокурора судебной палаты И. М. Остроглазова, разсматривала апелляціонное дѣло о взысканіи опекуншею надъ малолѣтнимъ своимъ сыномъ Александромъ мѣщанкою Клавдіею Егоровою Кулаковою съ конкурснаго управленія, учрежденнаго по дѣламъ Дмитрія Кулакова, 16900 руб, по мировой сдѣлкѣ. Обстоятельства дѣла: повѣренный мѣщанки Клавдіи Егоровой Кулаковой, присяжный повѣренный Фальковскій, въ поданномъ въ Московскій окружной судъ исковомъ прошеніи объяснилъ, что Московскій мѣщанинъ Сергѣй Ефремовъ Кулаковъ, умершій въ 1868 году, домашнимъ своимъ духовнымъ завѣщаніемъ, составленнымъ въ мартѣ 1867 г., между прочимъ, предоставилъ сыну своему отъ перваго брака *Дмитрію Сергѣеву Кулакову* движимое имущество и каменный двухъ-этажный домъ съ землею и принадлежностями, состоящій въ Москвѣ, Рогожской части 1-го квартала, съ тѣмъ, что бы онъ, Дмитрій Кулаковъ, другому сыну завѣщателя, отъ втораго брака, а его единокровному брату Александру Сергѣеву Кулакову, если по смерти завѣщателя останется несовершеннолѣтнимъ и надъ нимъ будетъ учреждена опека, до совершеннолѣтія его изъ получаемыхъ съ дома доходовъ предоставлялъ въ пользу его, Александра, *для храненія въ Московскій Сиротскій Судъ каждогодно по тысячи рублей сер.*; оныя деньги должны составлять капиталъ, принадлежащій уже одному Александру Сергѣеву Кулакову; *при совершеннолѣтіи же его выдать ему наличными деньгами третью часть стоимости того дома по городской оцѣнкѣ*. Въ случаѣ смерти Александра, всѣ представленныя деньги въ судъ должны быть возвращены ему Дмитрію Сергѣеву Кулакову, обратно, какъ его собственность (2 п. дух. зав.). Изъ приведенныхъ завѣщательныхъ распоряженій Сергѣя Кулакова очевидно, что онымъ установлено неисключительно личное обязательство избраннаго имъ наслѣдника Дмитрія Кулакова въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова, но и вещное, ограничивающее право распоряженія перваго завѣщаннымъ ему домомъ, такимъ образомъ, что при отчужденіи послѣдняго право Александра Кулакова не можетъ быть стѣсняемо (т. X ч. I зак. гражд. ст. 521), такъ какъ взносъ каждогодно по тысячѣ руб. въ Спротскій Судъ долженъ производиться, согласно волѣ завѣщателя, изъ получаемыхъ съ дома доходовъ; слѣдовательно установленный въ пользу Александра Кулакова отказъ составляетъ не только распоряженіе, предусмотрѣнное въ 1086

ст. зак. гражд., но имѣетъ значеніе повинности, лежащей на завѣщанномъ домѣ, т. е. сервитута личнаго въ пользу того же Александра Кулакова. На этомъ основаніи, при отчужденіи дома, до выполненія завѣщанія, для Александра Кулакова имѣетъ мѣсто право требованія не единственно отъ избраннаго завѣщателемъ наслѣдника Дмитрія Кулакова, но и съ самаго завѣщаннаго дома. Между тѣмъ до выполненія 2 п. духовнаго завѣщанія Сергѣя Кулакова, за личные долги Дмитрія Кулакова, вышеозначенный домъ судебнымъ приставомъ Московскаго окружнаго суда назначенъ былъ въ продажу аукціоннымъ порядкомъ на 9 января 1874 года. Вслѣдствіе чего, имѣя въ виду, что право малолѣтняго Александра Кулакова съ отчужденіемъ дома ничѣмъ не будетъ обезпечено и что вырученныя отъ продажи дома деньги могутъ поступить на удовлетвореніе кредиторовъ Дмитрія Кулакова онъ, Фальковскій, отъ опекунши Александра Кулакова и предъявилъ искъ, опредѣляя сумму его, за исключеніемъ 2000 руб., уже прежде присужденныхъ, въ 14000 руб. и просилъ на удовлетвореніе малолѣтняго Александра Кулакова взыскать съ дома умершаго мѣщанина Сергѣя Кулакова, завѣщаннаго послѣднимъ Дмитрію Кулакову и назначеннаго въ продажу, четырнадцать тысячь рублей серебр., для внесенія оныхъ въ Московскій сиротскій судъ для храненія до совершеннолѣтія Александра Кулакова и настоящій искъ обезпечить наложеніемъ ареста, соотвѣтственно суммѣ его, на деньги, вырученныя отъ продажи дома. Судебныя издержки и за веденіе дѣла возложить на Дмитрія Кулакова. Отвѣтчиками по настоящему дѣлу выставлены Дмитрій Кулаковъ и его кредиторы Зотовъ, Волковъ и Орловъ. Въ подтвержденіе же иска представлено подлинное духовное завѣщаніе Сергѣя Кулакова. Окружный судъ, 21 января 1874 г., опредѣлилъ: взыскать съ Дмитрія Кулакова въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова 11000 руб., а въ искѣ съ остальныхъ отвѣтчиковъ отказать и взыскать съ Дмитрія Кулакова въ пользу малолѣтняго Кулакова судебныхъ издержекъ 59 руб. сер. и за веденіе дѣла 266 р. 67 коп. хотя на это рѣшеніе и принесена была повѣреннымъ Кулакова, Степановымъ, апелляціонная жалоба, но оная, согласно ходатайства Степанова и самаго Кулакова, оставлена была окружнымъ судомъ безъ движенія и возвращена Степанову, вслѣдствіе мироваго прошенія, поданнаго въ окружный судъ опекуншею Кулаковою, Дмитріемъ Кулаковымъ и почетнымъ гражданиномъ Тимофеемъ Терентье-

вымъ Волковымъ, въ которомъ они изъяснили что по рѣшенію Московскаго окружнаго суда, состоявшемуся 11 февраля 1874 года, присуждено въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова съ Дмитрія Кулакова 11000 руб., кромѣ этого въ пользу его, Александра Кулакова, по духовному завѣщанію родителя его, Сергѣя Кулакова, слѣдуетъ внести третью часть стоимости дома, завѣщаннаго Дмитрію Кулакову по достиженіи имъ, Александромъ, совершеннолѣтія, и такъ какъ до этого времени остается 14 лѣтъ, то со взносомъ нынѣ 5900 руб., вполнѣ исполнится воля завѣщателя, Сергѣя Кулакова, всего же съ присужденными 11000 руб. составится сумма 16900 руб. На это онъ, Волковъ, согласенъ чтобы изъ денегъ, внесенныхъ имъ, отчислено было въ пользу Александра Кулакова вышеупомянутая сумма 16900 рублей съ тѣмъ, если будутъ утверждены торги за нимъ, Волковымъ, на домъ Кулакова, купленный имъ; послѣ того она, опекунша Клавдія Кулакова, будучи удовлетворена вовсемъ и вполнѣ по духовному завѣщанію, требованія къ Дмитрію Кулакову по тому завѣщанію совершенно и навсегда вовсемъ прекращаетъ и болѣе по завѣщанію тому никогда и никакихъ требованій имѣть не будетъ. На основаніи вышеизложеннаго Кулакова и Волковъ просили окружный судъ постановить, по утвержденіи дома Дмитрія Кулакова, проданнаго съ публичнаго торга Волкову, за этимъ послѣднимъ, вышеозначенное дѣло по завѣщанію Сергѣя Кулакова считать навсегда прекращеннымъ миромъ со всѣми послѣдствіями. Опредѣленіемъ суда, состоявшемся 7 марта 1874 года, означенное прошеніе какъ удовлетворяющее требованіямъ закона (1359 ст. п. 2, 1360 ст. уст. гражд. суд.) и подтвержденное въ судѣ допросомъ, утверждено и пріобщено къ дѣлу. Затѣмъ по опредѣленію окружнаго суда, состоявшемуся 11 ноября 1874 года, Кулаковъ объявленъ былъ *несостоятельнымъ* должникомъ, о чемъ и послѣдовали публикаціи въ С.-Петербургскихъ сенатскихъ объявленіяхъ, изъ коихъ послѣдняя напечатана 19 мая 1875 года № 40. По учрежденіи надъ Кулаковымъ конкурснаго управленія поступили въ оное: во 1) присланное изъ Московскаго окружнаго суда постановленіе его, отъ 5 августа 1875 года о зачисленіи опекунши Клавдіи Кулаковой кредиторшею должника Кулакова по мировой сдѣлкѣ въ суммѣ 16900 руб. и во 2) присланная изъ того же суда копія прошенія повѣреннаго Кулаковой, присяжнаго повѣреннаго Фальковскаго, поданнаго 7 іюля 1875 года, въ кото-

ромъ онъ, принимая въ соображеніе, что на точномъ основаніи мировой сдѣлки 16900 руб. въ пользу Александра Кулакова подлежали отчисленію при укрѣпленіи за Волковымъ проданнаго ему дома Сергѣя Кулакова и что за симъ означенная сумма *не подлежала обращенію въ конкурсную массу*, на основ. § 9 Высочайше утвержденнаго 1 іюля 1868 года порядка производства дѣлъ о несостоятельности, просилъ Окружный Судъ постановить опредѣленіе о включеніи претензіи малолѣтняго Александра Кулакова на сумму 16900 руб. съ % съ 4 іюня 1874 года, то есть со дня укрѣпленія за Волковымъ дома Сергѣя Кулакова, подлежащей преимущественному удовлетворенію, въ число долговъ Дмитрія Кулакова и объ этомъ дать знать учрежденному по дѣламъ его конкурсному управленію. Затѣмъ при объясненіяхъ 24 и 27 октября 1873 года и 3 февраля 1876 года, повѣренный г. Кулаковой, Фальковскій, представляя засвидѣтельствованныя копіи съ помянутыхъ мироваго прошенія Кулаковыхъ и Волкова и опредѣленій Московскаго Окружнаго суда: 21 января и 7 марта 1874 года, просилъ конкурсное управленіе постановить опредѣленіе объ удовлетвореніи малолѣтняго Александра Кулакова 16900 р., согласно мировой сдѣлкѣ. По разсмотрѣніи вышеизложеннаго конкурсное управленіе по дѣламъ Дмитрія Кулакова, 3 марта 1876 года, опредѣлило: На основаніи 2015 ст. XI т. св. уст. торг. мировыя сдѣлки, учиненныя по открытіи несостоятельности, считаются дѣйствительными: 1) когда они учинены въ общемъ собраніи заимодавцевъ, по минованію узаконенныхъ сроковъ къ ихъ явкѣ; 2) если учинены по большинству трехъ четвертей признанныхъ исковъ; 3) когда сдѣлка утверждена будетъ коммерческимъ судомъ, магистратомъ или ратушею. Несостоятельность же открывается, между прочимъ, (1 п. 1879 ст. XI т.) тогда, когда при взысканіи хотя должникъ и объявитъ самъ себя въ несостоятельности, по недостатку залога и поручительства взысканіе обращено будетъ на его имущество и при семъ окажется оное на удовлетвореніе его долговъ недостаточнымъ. Изъ примѣненія этихъ узаконеній къ настоящему дѣлу, оказывается, что на должника Кулакова, еще съ 1872 года, начали поступать въ Московскую управу Благочинія отъ разныхъ лицъ вексельныя взысканія, количество которыхъ къ 22 февраля 1874 года простиралось болѣе чѣмъ на 64000 руб. сер.; на удовлетвореніе же этихъ взысканій у Кулакова никакого имущества не оказалось кромѣ 1429 рублей 53½ коп. сер.,

собранныхъ изъ доходовъ съ дома его, состоящаго въ Москвѣ, Рогожской части, 1 квартала, проданнаго съ публичнаго торга почетному гражданину Волкову за 31670 р. Такимъ образомъ, Кулаковъ уже въ февралѣ мѣсяцѣ 1874 года, *по состоянію своего имущества* былъ несостоятельнымъ и затѣмъ дѣла его не только не поправились, но значительно ухудшились вслѣдствіе вновь заявленныхъ на него новыхъ вексельныхъ взысканій на весьма значительную сумму, такъ что онъ наконецъ вынужденъ былъ, 15 октября того же 1874 года, обратится въ Московскій Окружный Судъ съ просьбою о признаніи его несостоятельнымъ должникомъ, которымъ онъ и признанъ по рѣшенію Окружнаго Суда 11 ноября 1874 года. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что мировая сдѣлка, должника Кулакова, опекунши малолѣтняго брата его, Александра, мѣщанки Клавдіи Кулаковой и почетнаго гражданина Тимофея Волкова, какъ заключенная по открытіи уже несостоятельности перваго изъ нихъ въ ущербъ прочимъ его кредиторамъ не можетъ считаться, по силѣ приведенныхъ узаконеній, дѣйствительною, а потому и требованіе опекунши Кулаковой объ отчисленіи на основаніи той сдѣлки 16900 руб. изъ поступившихъ въ конкурсную массу денегъ оказывается лишеннымъ законнаго основанія. Имѣя затѣмъ въ виду во 1) что рѣшеніемъ Московскаго Окружнаго суда, состоявшимся 21 января 1874 года и вошедшимъ въ окончательную законную силу, опредѣлено взыскать съ Дмитрія Кулакова въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова 11000 руб. съ судебными издержками 59 руб. и за веденіе дѣла 266 руб. 67 коп., во 2-хъ что о преимущественномъ предъ другими претензіями удовлетвореніи этого взысканія въ помянутомъ рѣшеніи ничего не поставлено; въ 3) что по силѣ 5 п. 1960 и 4 п. 1979 ст. XI т. уст. торг. къ долгамъ перваго рода и перваго разряда причисляются только такіе капиталы малолѣтнихъ, которые были въ завѣдываніи несостоятельнаго по званію родителя или опекуна и взяты имъ для употребленія по своимъ дѣламъ, или торговымъ, чего въ данномъ случаѣ, не было такъ какъ должникъ Кулаковъ не былъ опекуномъ малолѣтняго своего брата Александра и не употреблялъ принадлежавшаго послѣднему капитала, для своихъ дѣлъ и въ 4) что по точному смыслу 8 п. 1960 и 1980 ст. XI т. къ долгамъ 1 рода и 2 разряда относятся иски казенные и частные, въ судебныхъ мѣстахъ окончательно рѣшенные и ко взысканію присужденные,—конкурсное управленіе полагаетъ:

заявленную опекуншею Кулаковою претензію въ суммѣ 11325 руб. 67 коп. сереб. причислить къ 1 роду долговъ Кулакова и ко 2 разряду удовлетворенія. На опредѣленіе конкурснаго управленія принесена жалоба повѣреннымъ опекунши малолѣтняго Александра Кулакова, который объяснилъ, что опредѣленіе неправильно потому, 1) что мировая сдѣлка опекунши Кулаковой съ Дмитріемъ Кулаковымъ и съ Волковымъ совершена, въ формѣ мироваго прошенія, 27 февраля 1874 года, и утверждена окружнымъ судомъ 7 марта 1874 года; 2) что несостоятельность Дмитрія Кулакова *по собственному признанію* (т. XI зак. ст. 1878 уст. о торг. несост.) открылись 15 октября 1874 года, объявленіе же ея послѣдовало 11 ноября того же года; 3) что открытіе несостоятельности *по состоянію имущества* Дмитрія Кулакова (т. XI ст. 1879), не смотря на указываемыя конкурснымъ управленіемъ взысканія, не могло имѣть мѣста въ виду того, *что не было приведено въ извѣстность самое имущество его и недостаточность его на удовлетвореніе долговъ;* 4) что поэтому дѣйствительнымъ моментомъ *открытія несостоятельности* Дмитрія Кулакова слѣдуетъ считать день подачи имъ прошенія въ судъ о признаніи его Кулакова должникомъ несостоятельнымъ, т. е. 15 октября 1874 года; 5) что вслѣдствіе сего мировая сдѣлка Кулаковой съ Дмитріемъ Кулаковымъ и Волковымъ, какъ совершенная до *открытія* несостоятельности, и притомъ болѣе чѣмъ за *шесть мѣсяцевъ* до этого событія, не могла быть подведена, подъ дѣйствіе 2013 и 2015 ст. т. XI зак. уст. о торг. несост., 6) что кромѣ того конкурсное управленіе и не вправѣ было, въ виду опредѣленія окружнаго суда, въ вѣдомствѣ котораго оно состоитъ, отмѣнить сдѣлку утвержденную судомъ; 7) что съ признаніемъ мировой сдѣлки дѣйствительною, которая въ такомъ случаѣ *равносильна судебному рѣшенію вошедшему въ окончательную законную силу*, право малолѣтняго Александра Кулакова на 16900 рублей представляется безспорнымъ и сумма эта *неподлежащею обращенію въ конкурсную массу.* На основаніи вышеизложеннаго, Фальковскій просилъ Окружный судъ на точномъ основаніи мировой сдѣлки признать 16900 руб. подлежащими на удовлетвореніе малолѣтняго Александра Кулакова, объ отсылкѣ которыхъ въ Московскій сиротскій судъ предписать конкурсному управленію по дѣламъ Дмитрія Кулакова, а опредѣленіе онаго, отъ 3 марта сего года, какъ неправильное отмѣнить. Московскій окружный судъ постановленіемъ 17 мая 1876

года опредѣлилъ: оставивъ въ своей силѣ опредѣленіе конкурснаго управленія объ отнесеніи къ первому роду долговъ и ко второму разряду удовлетворенія претензію Кулакова по судебному рѣшенію, отмѣнить постановленіе конкурснаго управленія *о признаніи недѣйствительнымъ взысканія 5900 руб. сер. по мировой сдѣлкѣ*, предписавъ ему взысканіе это отнести къ надлежащему роду долговъ и разряду удовлетворенія. На это рѣшеніе получена апелляціонная жалоба повѣреннаго опекунши малолѣтняго, который объяснилъ 1) первоначальный искъ опекунши малолѣтняго Александра Кулакова обращенъ былъ не лично къ Дмитрію Кулакову (впослѣдствіи признанному несостоятельнымъ должникомъ), а къ имѣнію умершаго Московскаго мѣщанина Сергѣя Кулакова, завѣщавшаго ему, Дмитрію Кулакову, домъ Рогожской части, 1 квартала, съ тѣмъ что бы онъ изъ получаемыхъ съ дома доходовъ представлялъ въ пользу Александра Кулакова *для храненія* въ Московскій сиротскій судъ каждогодно по 1000 рублей сер., а при совершеннолѣтіи выдѣлилъ третью часть стоимости дома; 2) хотя же рѣшеніемъ Московскаго окружнаго суда, 11 февраля 1874 года, и присуждено было въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова взыскать съ Дмитрія Кулакова 11000 рублей, судебныя издержки и за веденіе дѣла, не это рѣшеніе, если бы дѣло не прекратилось мировою сдѣлкою, вслѣдствіе принесенной апелляціи повѣреннымъ Дмитрія Кулакова жалобы, на основаніи 764 ст. уст. гражд. суд. быть измѣнено высшимъ судомъ, по просьбѣ опекунши Александра Кулакова, въ смыслѣ удовлетворенія первоначальныхъ исковыхъ требованій. Это ходатайство стало однако излишнимъ съ момента мировой сдѣлки, которою установлено было: 16900 руб. сер. въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова отчислить изъ денегъ вырученныхъ чрезъ продажу наслѣдственнаго дома, слѣдовательно право по завѣщанію Сергѣя Кулакова, такимъ образомъ, не требовало дальнѣйшихъ мѣръ охраненія его; 3) въ такомъ положеніи дѣла и въ виду того, какъ это и самъ окружный судъ признаетъ, что мировая сдѣлка, правильно совершенная, признается *равносильною судебному рѣшенію вошедшему въ законную силу и неподлежавшему обжалованію*, очевидно, что съ оставленіемъ этой сдѣлки въ силѣ, суду оставалось только на основаніи ея сдѣлать распоряженіе объ изъятіи 16900 руб. сер. изъ конкурсной массы и объ удовлетвореніи имп малолѣтняго Александра Кулакова; 4) по окруж-

ный судъ, какъ бы игнорируя, что рѣшеніе его, 11 февраля 1874 года, за состоявшеюся мировою сдѣлкою опекунши малолѣтняго съ Дмитріемъ Кулаковымъ и кредиторомъ Волковымъ замѣнено послѣднею, не уважилъ и того, что пока мировая сдѣлка не уничтожена, это послѣдняя служитъ единственнымъ основаніемъ для опредѣленія правъ малолѣтняго Александра Кулакова на требуемыя 16900 р., 5) что касается до вопроса возбужденнаго конкурсомъ объ *ничтожности* сдѣлки, то оный можетъ получить разрѣшеніе только въ порядкѣ тяжебномъ и по иску заинтересованнаго въ этомъ конкурса по дѣламъ Дмитрія Кулакова. Нѣтъ этого иска—нѣтъ и повода пріостанавливать удовлетвореніе по мировой сдѣлкѣ; 6) окружный судъ не имѣлъ затѣмъ основанія признавать сдѣлку спорной, потому что это состояніе можетъ наступить не прежде какъ по предъявленіи иска *объ уничтоженіи сдѣлки*; 7) установивъ въ своемъ опредѣленіи двойственное основаніе: во 1) рѣшеніе 11 февраля 1874 года и во 2) мировую сдѣлку 27 февраля 1874 года, окружный судъ разсмотрѣлъ каждое изъ нихъ отдѣльно,—тогда какъ мое ходатайство въ конкурсѣ, такъ и жалоба на постановленіе послѣдняго, основаны были исключительно на мировой сдѣлкѣ. Допустивъ означенное раздвоеніе окружный судъ, въ отношеніи 5900 руб., предписалъ конкурсу взысканіе это отнести къ надлежащему роду долговъ и разряду удовлетворенія. Въ этомъ судъ руководствовался 1960, 1980 и 1951 и 1954 ст. уст. торг. Между тѣмъ, претензія малолѣтняго Александра Кулакова, основанная на духовномъ завѣщаніи Сергѣя Кулакова, признанная по мировой сдѣлкѣ къ удовлетворенію изъ суммъ вырученныхъ чрезъ продажу дома, не составляя личнаго обязательства Дмитрія Кулакова, а только выполненіе воли завѣщателя Сергѣя Кулакова, не можетъ быть подводима подъ дѣйствіе вышеприведенныхъ узаконеній и 8) наконецъ конкурсное управленіе, дѣйствуя въ качествѣ представителя интересовъ и кредитора Волкова, участвовавшаго въ мировой сдѣлкѣ, не могло отъ имени его, опровергать сдѣлку, имъ же признанную къ исполненію. Посему конкурсъ Дмитрія Кулакова, только отъ лица другихъ кредиторовъ, могъ бы возбудить споръ о дѣйствительности сдѣлки. На основаніи вышеизложеннаго апелляторъ проситъ судебную палату постановить: оставя въ силѣ мировую сдѣлку опекунши малолѣтняго Александра Кулакова съ Дмитріемъ Кулаковымъ и кредиторомъ Волковымъ, на основаніи ея предписать конкур-

сному управленію изъ денегъ, вырученныхъ отъ продажи дома, отчислить 16900 руб. сер. на удовлетвореніе малолѣтняго Александра Кулакова по завѣщанію Сергѣя Кулакова. Конкурсное управленіе въ объясненіи противъ аппелляціи изложило; мировая сдѣлка, заключенная между опекуншею Кулаковою, Дмитріемъ Кулаковымъ и Волковымъ, признается со стороны конкурснаго управленія, на основаніи 1 п. 1879 и 2015 ст. XI т. св. уст. торг. недѣйствительною, никогда не была признаваема обязательною для конкурса Кулакова; напротивъ того въ опредѣленіи окружнаго суда, 17 мая сего года, изъяснено, что конкурсное управленіе имѣло полное право, разсмотрѣвъ мировую сдѣлку признать ее заключенную во вредъ кредиторовъ, по открытіи несостоятельности Дмитрія Кулакова и на этомъ основаніи должно было отнести ее какъ спорную ко 2-му роду долговъ и 3-му разряду удовлетворенія, что конкурсомъ уже исполнено постановленіемъ 3 сего іюня въ этомъ смыслѣ опредѣленія, копія съ котораго уже отослана въ полицію, для выдачи г. Фальковскому. Въ такомъ положеніи дѣла, уже отъ опеки Александра Кулакова будетъ зависѣть доказывать дѣйствительность мировой сдѣлки судебнымъ порядкомъ, въ установленный дополненіемъ къ 1981 ст. XI т. св. уст. торг. (по прод. 1863 г.) трехмѣсячный срокъ, въ настоящее же время сужденіе о дѣйствительности или недѣйствительности той сдѣлки было бы преждевременнымъ и неминуемо предрѣшало бы таковое дѣло, которое возникло бы, по 1971 ст. XI т. какъ выразился окружный судъ въ такомъ же своемъ опредѣленіи. Изъ этого слѣдуетъ, что до окончательнаго судебнаго рѣшенія о достоинствѣ мировой сдѣлки, жалоба г. Фальковскаго, а также и требованіе его объ отчисленіи изъ конкурсной массы Дмитрія Кулакова 16900 руб. на удовлетвореніе малолѣтняго Александра Кулакова являются преждевременными; 3) г. Фальковскій самъ сознаетъ что возбужденный конкурсомъ вопросъ о ничтожности сдѣлки можетъ получить разрѣшеніе только въ порядкѣ тяжебномъ, но совершенно неправильно полагаетъ, что искъ по этому предмету долженъ начать конкурсъ. По ст. 1930 т. XI уст. торгов. къ обязанностямъ конкурснаго управленія относятся (пунк. 2) розысканіе имущества и долговъ несостоятельнаго. Всѣ долги несостоятельнаго, въ положенный срокъ предъявленные, раздѣляются конкурсомъ на три рода и четыре разряда (1979 и 1977 ст. т. XI уст. торг.). Къ первому роду причисляются только

долги безспорные; долги же конхъ документы требуютъ подробнѣйшаго разсмотрѣнія причисляются ко второму роду и третьему разряду (1960, 1961 и 1981 ст.). Въ приведенномъ выше дополненіи къ 1981 ст. сказано: что если истецъ подчинится опредѣленію конкурса, коимъ представленная имъ претензія признана подлежащею судебному разбирательству, то онъ съ искомъ долженъ обратиться въ подлежащій судъ. Слѣдовательно обязанность конкурса состоитъ только въ разсмотрѣніи документа и въ признаніи иска спорнымъ, доказывать же дѣйствительность требованія лежитъ на истцѣ, кредиторѣ, въ настоящемъ случаѣ на опекѣ Александра Кулакова, такъ что если опека въ положенный закономъ срокъ не начнетъ иска по этому предмету въ судебномъ мѣстѣ, то претензія ея по мировой сдѣлкѣ должна быть изъ счета долговъ несостоятельнаго Кулакова исключена. Наконецъ 4) въ настоящемъ дѣлѣ конкурное управленіе дѣйствуетъ не въ качествѣ представителя интересовъ кредитора Волкова, который всѣ свои претензіи, кромѣ одного исполнительнаго листа, передалъ другимъ лицамъ, но въ качествѣ съ одной стороны присутственнаго мѣста, а съ другой уполномоченнаго отъ всѣхъ заимодавцевъ (ст. 1910 и 1930). На основаніи вышеизложеннаго конкурсное управленіе проситъ судебную палату объ оставленіи жалобы Фальковскаго безъ послѣдствій. Товарищъ прокурора Московской судебной палаты далъ по этому дѣлу слѣдующее заключеніе: что такъ какъ мировая сдѣлка имѣетъ одинаковое значеніе съ судебнымъ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу, то по сему онъ полагалъ бы въ отмѣну рѣшенія окружнаго суда взыскать въ пользу малолѣтняго Александра Кулакова по мировой сдѣлкѣ 16900 руб. сер. Выслушавъ заключеніе товарища прокурора Московской судебной палаты и сообразивъ съ законами обстоятельства дѣла судебная палата находитъ: во 1) что мировая сдѣлка между опекуншею Кулаковою, Дмитріемъ Кулаковымъ, впослѣдствіи объявленнымъ несостоятельнымъ и кредиторомъ Волковымъ, изложенная въ формѣ мироваго прошенія, поданнаго въ окружный судъ и составленная въ видахъ замѣны этою сдѣлкою состоявшагося въ окружномъ судѣ рѣшенія по иску повѣреннаго опекунши Кулаковой о взысканіи на удовлетвореніе малолѣтняго Александра Кулакова съ назначеннаго въ публичную продажу дома, часть котораго завѣщена была малолѣтнему, денегъ для вне-

сенія ихъ въ сиротскій судъ до совершеннолѣтія Александра Кулакова, опредѣленіемъ окружнаго суда, 7 марта 1874 года, утверждена согласно и въ порядкѣ указанномъ ст. 1359 п. 2, 1360 уст. гражд. судопр. Слѣдовательно эта мировая сдѣлка неможетъ быть отнесена къ разряду тѣхъ мировыхъ сдѣлокъ, которыя по 2015 ст. уст. торг. т. XI составляются по открытіи несостоятельности и которыя по 2017 ст. того же устава могутъ прекратить конкурсъ и всѣ его послѣдствія. Во 2) что во всякомъ случаѣ мировая сдѣлка эта не можетъ быть отвергнута на основаніи 2013 ст., такъ какъ со времени утвержденія ея окружнымъ судомъ въ мартѣ 1874 года, до объявленія Дмитрія Кулакова несостоятельнымъ должникомъ 11-го ноября 1874 года, истекло около восьми мѣсяцевъ. Несостоятельность Дмитрія Кулакова, какъ видно изъ донесенія окружному суду конкурснаго управленія, обнаружилась собственнымъ сознаніемъ Дмитрія Кулакова, сдѣланнымъ 11 октября 1874 года, слѣдовательно несостоятельность Дмитрія Кулакова надлежитъ считать открытою не по 1879 ст. уст. торг., какъ предполагаетъ конкурсное управленіе, а на основаніи 1878 ст. *собственнымъ признаніемъ должника.* Наконецъ въ 3) обращаясь къ разсмотрѣнію вопроса о томъ къ какаго рода долговъ и разряда удовлетворенія долженъ быть отнесенъ долгъ, составляющій предметъ вышеозначенной мировой сдѣлки, судебная палата находитъ, что отцомъ какъ несостоятельнаго должника Дмитрія Кулакова, такъ и малолѣтняго Александра Кулакова, отъ имени котораго предъявленъ искъ, завѣщанъ былъ домъ въ распоряженіе Дмитрія Кулакова, но съ тѣмъ, чтобы онъ до совершеннолѣтія брата своего выдѣлялъ въ пользу послѣдняго, для храненія, изъ доходовъ дома 1000 руб. сер. въ годъ, при совершеннолѣтіи же завѣщатель распорядился выдѣлить ему наличными деньгами третью часть стоимости того дома, по городской оцѣнкѣ. Между тѣмъ, до начала исполненія Дмитріемъ Кулаковымъ завѣщанія въ пользу Александра Кулакова, Дмитрій Кулаковъ допустилъ продажу завѣщаннаго дома за долги одного его, Дмитрія Кулакова; изъ сего обнаруживается *что въ составъ имущества несостоятельнаго Дмитрія Кулакова, т. е. завѣщаннаго ему дома, находился капиталъ брата его Александра, образовавшійся не только изъ подлежавшихъ въ выдачу ему доходовъ съ дома, но и изъ права его требовать, по достиженіи совершеннолѣтія, третьей части стоимости онаго.*

За симъ и претензія, основанная на мировой сдѣлкѣ, заключенной о семъ капиталѣ подходитъ подъ дѣйствіе пунктовъ 5-го 1960 и 4-го 1978 ст. уст. торг. несост. и должна быть причислена къ первому роду долговъ и разряда удовлетворенія. Вслѣдствіе сего и принимая во вниманіе, что предъявленная конкурсу претензія повѣреннаго опекунши Кулаковой въ 16900 руб. основана была всецѣло на утвержденной судомъ мировой сдѣлкѣ и что окружный судъ не имѣлъ за симъ законнаго основанія къ раздробленію означенной претензіи на двѣ части, изъ коихъ по одной утвердилъ заключеніе конкурса, а по другой предоставилъ вопросъ о силѣ сдѣлки разсмотрѣнію конкурса, Московская судебная палата въ виду 9 ст. уст. суд. гражд. опредѣляетъ: отмѣнивъ обжалованное постановленіе окружнаго суда, претензію опекунши надъ малолѣтнимъ сыномъ умершаго Московскаго мѣщанина Сергѣя Ефремова Кулакова, Александромъ Кулаковымъ въ 16900 руб., примѣняясь къ 5 п. 1960 и 4 п. 1978 ст. т. XI ч. 2., уст. торг., отнести по первому роду долговъ и къ первому разряду удовлетворенія. Копію сего рѣшенія съ возвращеніемъ производства окружнаго суда препроводить въ Московскій окружный судъ.

ОСНОВАНІЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ.

ПЕРЕСМОТРЪ УЧЕНІЯ О ВЛАДѢНІИ.

Рудольфа Іеринга,

ТАЙНАГО СОВѢТНИКА И ПРОФЕССОРА ПРАВЪ

ГЕТТИНГЕНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

Переводъ со втораго дополненнаго и исправленнаго нѣмецкаго изданія.

МОСКВА.

Въ Университетской типографіи (Катковъ),

на Страстномъ бульварѣ.

1876.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Имя Рудольфа Іеринга занимаетъ мѣсто между самыми знаменитыми и блестящими именами въ германской юридической наукѣ. Между тѣмъ, если не считать тѣснаго кружка университетскихъ преподавателей и ученыхъ ex professo, оно едва извѣстно внѣ Германіи, почему, представляя читателямъ переводъ одной изъ лучшихъ монографій, обязанныхъ перу Іеринга, мы считаемъ не лишнимъ предпослать переводу нѣсколько свѣдѣній о личности и другихъ произведеніяхъ знаменитаго юриста.

Р. Іерингъ родился въ 1818 г. въ г. Aurich, на берегу сѣвернаго моря, въ прежнемъ Ганноверскомъ королевствѣ. Курсъ юридическихъ наукъ онъ окончилъ въ Берлинскомъ университетѣ въ 1843 г., при которомъ остался приватъ-доцентомъ, имѣя едва 25 лѣтъ отъ роду. Вскорѣ послѣ, въ 1845 г., онъ былъ назначенъ профессоромъ въ Базель. Черезъ годъ онъ принялъ каѳедру въ Роштокѣ и переходилъ послѣдовательно въ 1849 г. въ Киль и въ 1852 въ Гиссенъ. Въ послѣднемъ университетѣ онъ оставался до 1868 г. въ этомъ же году былъ призванъ въ Вѣнскій университетъ. Послѣ Франко-Прусской войны онъ отклонилъ предложеніе каѳедры во вновь организованномъ университетѣ въ Страсбургѣ, но принялъ въ 1872 г. приглашеніе Геттингенскаго университета. Здѣсь, среди обстановки маленькаго города, въ тиши научнаго уединенія, Іерингъ хочетъ кончить свою карьеру, отмѣченную столькими передвиженіями и путешествіями. Посвятивъ себя цѣликомъ наукѣ, онъ отклонилъ самыя заманчивыя и блестящія предложенія каѳедры, которыя были сдѣланы ему въ послѣднее время университетами въ Лейпцигѣ, Берлинѣ и Гейдельбергѣ.

Мы не возьмемъ на себя задачи характеризовать направленіе Іеринга и его труды, потому что такая характеристика потребовала бы серьознаго обсужденія самыхъ трудныхъ вопросовъ права, которое было бы не на мѣстѣ въ нашемъ предисловіи. Но съ другой стороны значеніе и важность представляемаго Іерингомъ направленія въ современной юриспруденціи заставляетъ насъ сказать о немъ покрайнѣй мѣрѣ нѣсколько словъ. Это направленіе заключается съ одной стороны въ его противоположности къ чисто формальному изученію права и съ другой—въ реакціи противъ крайнихъ положеній такъ называемой исторической школы. Формальные методы, преобладающіе до сихъ поръ, разсматриваютъ право только со стороны его логической структуры: логическихъ построеній и формъ, которыя оно производитъ изъ себя, внѣ всякой связи съ дѣйствительной жизнью и ея условіями. Исторію права они представляютъ какъ исторію догмы, т. е. исторію законодательства и доктрины, а не изложеніе права такъ, какъ оно существуетъ въ дѣйствительности. Догма отрывается здѣсь отъ ея необходимой связи съ фактическимъ міромъ, въ которомъ между тѣмъ заключаются основанія и условія ея существованія и въ которомъ только и можетъ быть найденъ ключъ къ ея объясненію и пониманію. Такимъ образомъ составляются системы теоріи права, въ которыя жизнь съ ея фактическими отношеніями, нравы и убѣжденія народа не получаютъ доступа только потому, что они не представляютъ собою юридическихъ понятій и институтовъ. Исторія права дѣлается вслѣдствіе этого исторіей отдѣльныхъ институтовъ въ различные періоды времени, исторіей, исключающей всякую возможность сужденія о дѣйствительной юридической жизни народа.

Показавъ такимъ образомъ односторонность и недостаточность формальнаго отношенія къ праву, Іерингъ возстаетъ съ неменьшей энергіей также противъ новаго ученія исторической школы, представляемаго двумя корифеями ея: Савиньи и Пухтой.

Іерингъ признаетъ и соглашается вполнѣ съ основнымъ положеніемъ этого ученія, которое на мѣсто стараго взгляда, объясняющаго образованіе права механически, путемъ законодательства,—причемъ право является только суммой изданныхъ законовъ, продуктомъ законодательной мудрости и произвола,—ставитъ другой принципъ, въ силу котораго право представляется результатомъ непосредственной дѣятельности народнаго духа, національнаго чувства права, выражающагося въ обычаяхъ и

правахъ. Но признавая органическое происхожденіе права, Іерингъ оспариваетъ въ тоже время со всей силой убѣжденія, которое дается безпристрастнымъ и чисто научнымъ отношеніемъ къ дѣлу, крайнія послѣдствія, которыя историческая школа извлекаетъ изъ доктрины органическаго и естественнаго права. Прежде всего онъ указываетъ на односторонность и узкость права, которое развивалось бы изъ жизни только одного народа; рядомъ съ національностью въ правѣ онъ выдвигаетъ другую сторону его — универсальность, которая объясняется изъ необходимаго условія жизни всякаго организма: условія воспріятія извнѣ и внутренняго освоенія воспринятаго. Уничтожить внѣшнее воспріятіе и осудить организмъ только на жизнь и на развитіе извнутри, значитъ убить организмъ, потому что такое развитіе начинается только съ трупомъ. Съ другой стороны, Іерингъ возстаетъ противъ апологіи обычнаго права, слѣдующей неизбѣжно изъ доктрины естественнаго и исходящаго изъ національнаго духа развитія права. Обычнымъ правомъ начинается процессъ развитія права; оно создаетъ первыя нормы, вызываемыя потребностями народной жизни. Но характеризующее эти нормы состояніе неясности, неопредѣленности и связанности частей доказываетъ низшую ступень развитія права, періодъ субъективизма его, когда право не отдѣляется отъ субъекта, живетъ вмѣстѣ съ нимъ и рѣшаетъ споры не на основаніи твердо установленныхъ нормъ, а исходитъ при этомъ изъ общаго и смутнаго правосозерцанія, въ которомъ юридическія положенія смѣшаны съ неюридическими, съ религіозными, государственными и другими. Прогрессъ же права заключается въ разъединеніи этой первобытной и естественной связанности, въ непрерывномъ процессѣ раздѣленія и изолированія. Право не можетъ оставаться долго въ зависимости отъ постоянныхъ колебаній индивидуальнаго чувства справедливости. Это послѣднее переходитъ изъ субъективной сферы въ сферу объективнаго права, что совершается посредствомъ законовъ, являющихся такимъ образомъ средствомъ, черезъ которое право выходитъ изъ состоянія наивности и достигаетъ самосознанія. Это отдѣленіе и самостоятельное развитіе права совершается не безсознательно, какъ учитъ историческая школа, а черезъ юридическое мышленіе всего народа, представляемаго въ особенности сословіемъ юристовъ, которое отвлекаетъ изъ отношеній, наблюдаемыхъ въ жизни, ихъ постоянно повторяющіяся основанія,

формируетъ ихъ въ правовыя положенія, эти послѣднія соединяетъ въ юридическія понятія и институты, которые входятъ, какъ логическій моментъ, въ систему права, представляющую, съ одной стороны, классификацію юридическихъ понятій и институтовъ, а съ другой—характеристическія черты и качества, опредѣляющія духъ и направленіе отдѣльныхъ институтовъ. Рядомъ съ изученіемъ права съ этой стороны, которую Іерингъ называетъ анатомической структурой его, должно итти физіологическое разсмотрѣніе организма права, такъ какъ цѣль органовъ заключается въ отправленіи ихъ функцій, а функція, для которой существуетъ организмъ права есть осуществленіе права. Вслѣдствіе этого жизнь народа, его потребности, особенности историческаго развитія, различныя вліянія, которымъ онъ подвергается, взгляды, которые у него складываются на разныя отношенія жизни—пріобрѣтаютъ громадное значеніе для изученія права этого народа и должны быть всегда передъ глазами всякаго, изслѣдывающаго право, даже только со стороны его логической структуры, потому что послѣдняя не можетъ быть понята безъ паралельнаго изученія историческаго развитія и его условій.

Таковы въ главныхъ чертахъ мысли Іеринга на задачи и методъ изслѣдованія права. Первый и блестящій опытъ примѣненія этого метода совершенъ имъ же самимъ въ самомъ капитальномъ и лучшемъ изъ всѣхъ его сочиненій: Geist des Römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwickelung (Духъ римскаго права въ различныя фазы его развитія). Первый томъ его вышелъ въ 1852 г. и былъ переведенъ уже въ 1855 на Итальянскій языкъ, такъ какъ Іерингъ пользуется особенной любовью и уваженіемъ въ Италіи. Три слѣдующихъ тома выходили постепенно въ 1854, 58 и 65 г. Успѣхъ ихъ въ Германіи былъ такъ великъ, что между 1866 и 1871 г. Geist d. R. R. вышелъ уже вторымъ изданіемъ, а два первые тома имѣютъ въ настоящее время уже три изданія. Большіе промежутки между появленіемъ различныхъ частей этого сочиненія объясняются новизной предмета и громадностью цѣлей, которыми задается въ немъ авторъ. Русская публика поставлена теперь также въ возможность познакомиться съ этой первой по времени и по достоинству критической исторіей и въ тоже время философіей римскаго права, благодаря переводу ея, предпринятому недавно подъ редакціей професс. Пахмана въ Петербургѣ.

Въ заключеніе мы представимъ въ хронологическомъ порядкѣ списокъ всѣмъ произведеніямъ Іеринга, изъ котораго всякому будетъ видно, какъ богата и разностороння была его ученая дѣятельность.

1) De hereditate possidente. Berol. (Brandes) 1842.

2) Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Leipzig (Breitkopf und Härtel 1844 (Разсужденія по Римскому праву), содержащія слѣдующіе отдѣльные вопросы: а) въ какой степени обязанный дать вещь долженъ возвратить доходъ имъ полученный съ этой вещи; в) установленіе bonae fidei possessio и вещныхъ правъ по аналогіи съ собственностью, е) ученіе объ hereditas jacens.

3) Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zu akadem. Zwecken herausg. Leipz. 1847, 2-е изданіе въ 1870 (Вопросы гражданскаго права, неразрѣшенные). Вторая часть этого сочиненія: Jurisprudenz des täglichen Lebens (Юриспруденція обыденной жизни) вышло отдѣльно и также въ двухъ изданіяхъ. Это сочиненіе предназначено для студентовъ—юристовъ и составляетъ интересный сборникъ вопросовъ права, представляющихся въ обыкновенной жизни. Цѣлью оно имѣетъ оживленіе теорическихъ занятій, которымъ придается конкретная и доступная форма. «Трудность изученія юриспруденціи» говоритъ авторъ «заключается не въ ея непривлекательности и не въ избыткѣ матерьяла, но въ томъ, что оно требуетъ такой способности абстракціи, которой безъ предварительной подготовки не владѣютъ самые даровитые умы. За исключеніемъ математики и, быть можетъ, чистой философіи, нѣтъ, по моему мнѣнію, науки, изученіе которой представляло бы въ началѣ столько трудностей, сколько изученіе юриспруденціи. Новичекъ попадаетъ сразу въ міръ совершенно новыхъ идей, не имѣющихъ ни малѣйшей связи съ тѣми, среди которыхъ онъ вращался до сихъ поръ; онъ имѣетъ дѣло съ новымъ языкомъ, изучить который можно только путемъ долгаго труда и терпѣнія. Онъ долженъ стать твердой ногой на почву абстракцій, освоиться съ идеями права, употреблять ихъ и обращаться съ ними какъ съ одушевленными предметами, между тѣмъ онъ не владѣетъ еще самымъ необходимымъ оружіемъ—способностью видѣть представляющіеся его глазамъ предметы, словомъ онъ не можетъ еще понимать абстракцій. Первой заботой профессора должно быть—подготовить его къ теоритическому мышленію и онъ навѣрное достигнетъ цѣли, если вмѣсто того чтобы пред-

ставлять начинающему абстрактную идею въ ея первоначальной простотѣ, онъ воплотитъ ее въ какой нибудь фактъ, если вмѣсто туманныхъ абрисовъ, едва замѣтныхъ его собственному взгляду, онъ дастъ ему собраніе конкретныхъ случаевъ, которые легко понимаются и запоминаются учащимися». Слѣдуя этой программѣ, Іерингъ излагаетъ послѣдовательно всѣ юридическіе случаи, которые могутъ встрѣтиться въ обыденной жизни, предоставивъ разрѣшеніе ихъ проницательности слушателей и помощи профессора, читающаго курсъ. Эти вопросы изложены у него въ слѣдующемъ порядкѣ: 1) на желѣзной дорогѣ, 2) въ гостинницѣ, 3) при наймѣ квартиры, 4) въ домашней жизни, 5) у портнаго, 6) у книгопродавца, 7) на аукціонѣ книгъ, 8) при подпискѣ нѣсколькихъ лицъ сообща на иностранные журналы, 9) при постройкѣ, 10) въ отношеніяхъ сосѣдства, 11) на улицѣ, 12) при нуждѣ, 13) въ обществѣ, 14) въ театрѣ, 15) между музыкантами, 16) въ буффетѣ станціи желѣзной дороги, 17) по поводу публичныхъ афишъ, 18) на морѣ, 19) въ почтамтѣ.

Мы остановились нѣсколько дольше на послѣднемъ сочиненіи Іеринга потому, что оно лучше всего характеризуетъ практичность и жизненность его университетскаго преподаванія, въ которомъ онъ умѣетъ соединить тонкости юридическихъ различій и самыя сложныя логическія операціи съ обсужденіемъ условій практической жизни и ея дѣйствительныхъ потребностей.

Jahrbücher für die dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Iena (Mauke) съ 1856 г. (Журналъ догматики современнаго римскаго и германскаго гражданскаго права). Этотъ журналъ, издаваемый подъ редакціей Іеринга, посвященъ спеціально изслѣдованіямъ по римскому и германскому праву и выходитъ теперь уже пятнадцатымъ томомъ. Онъ содержитъ много статей самого Іеринга, отпечатанныхъ потомъ отдѣльными изданіями и считается по праву однимъ изъ лучшихъ періодическихъ юридическихъ сборниковъ въ Германіи.

5) Geist des Römischen Rechts aüf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. Tom. I—III. 1852—63. Leipz. (Breitkopf). составл. 4 книги 8°.

6) Der Streit zwischen Basel — Land und Basel Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel. Ein Rechtsgutachten. Leipz. (Breitk) 1862. (Оффиціальная консультація по процессу объ укрѣпленіяхъ гор. Базеля).

7) Der Lucca—Pistoja Action Streit. Ein Beitrag zu mehreren

Fragen des Obligationenrechts. 1867. (Другая консультація, относящаяся къ многимъ вопросамъ обязательственнаго права).

8) Das schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen. 1867. (моментъ вины по римскому праву).

9) Іерингъ былъ также сотрудникомъ и публиковалъ нѣсколько статей въ журналѣ: Archiv für practische Rechtwissenchaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprocesses und des Criminalrechts. (Архивъ практической юриспруденціи въ области: гражданскаго права., гражданскаго процесса и уголовнаго права).

10) Der kampf um's Recht. Wien. 1872, 1873, 1874. (Борьба за право). Сочиненіе, переведенное почти на всѣ европейскіе языки и имѣвшее громадный успѣхъ, оправдываемый глубоко вѣрнымъ и оригинальнымъ положеніемъ, лежащимъ въ его основаніи.

11) Многія части «Духа римскаго права» выходили отдѣльными изданіями. Такъ:

1) Мастерское введеніе къ 1-му тому, вышедшее подъ заглавіемъ: Bedeutung des Römischen Rechts für die moderne Welt. (Значеніе римскаго права для современнаго міра) Leipz. 1865.

2) Über die Reflexurkungen rechtlicher Thatsachen aüf dritte Personen. (О рефлективномъ дѣйствіи юридическихъ событій на третьихъ лицъ).

3) Über die passiven Wirkungen der Rechte (о пассивномъ дѣйствіи правъ).

4) Наконецъ Іерингъ готовитъ въ настоящее время работу, которая скоро выйдетъ въ свѣтъ подъ именемъ: Der Zveck im Recht. (Цѣль права въ объективномъ смыслѣ). Въ первоначальной мысли автора она должна была составить только часть другаго болѣе широкаго труда подъ заглавіемъ: Der Zveck der Rechte. (Цѣль правъ въ субъективномъ смыслѣ), но въ пополненіи она приняла такіе размѣры, что Іерингъ находитъ теперь возможнымъ напечатаніе ея, какъ отдѣльнаго труда.

Непосредственно за этимъ сочиненіемъ Іерингъ думаетъ выпустить, наконецъ пятый и послѣдній томъ своего «Geist des Römischen Rechts».

Въ переводимой нами монографіи о владѣніи, напечатанной сначала въ журналѣ Іеринга, читатели найдутъ всѣ высокія достоинства, характеризующія автора «Духъ римскаго права», удивительную эрудицію, сжатую, но убѣдительную діалектику, выразительность слога и смѣлость взглядовъ, которые всецѣло

овладѣваютъ читателемъ. Самая цѣль сочиненія поражаетъ своей смѣлостью. Іерингъ выступаетъ противъ Савиньи, главы школы, ученіе которой сдѣлалось почти евангеліемъ при преподаваніи римскаго права!

Попытка Іеринга встрѣтила разнообразную оцѣнку въ Германіи и Италіи; принципъ который онъ противопоставилъ теоріи Савиньи, оспаривался многими, но, чтобы ни сталось съ этимъ принципомъ, вѣрно то, что трудъ Іеринга — не простая капля въ «потокѣ литературы по вопросу о владѣніи»; напротивъ, полное развитіе, которое получила въ его монографіи теорія пріобрѣтенія и потери владѣнія и параллель между владѣніемъ и собственностью—дѣлаютъ изъ нея одно изъ самыхъ замѣчательныхъ изслѣдованій въ литературѣ владѣнія.

При переводѣ мы старались быть по возможности точными и жертвовали, гдѣ было нужно, формой и слогомъ для возможно точнаго воспроизведенія мысли и способа выраженія, переводимаго нами автора.

Переводчикъ.

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Приступая въ прошедшемъ году къ печатанію настоящаго изслѣдованія, появляющагося теперь вторымъ изданіемъ, я очень мало разсчитывалъ на его скорый научный успѣхъ и быстрое распространеніе. Я полагалъ, что отдѣльнаго изданія этой статьи, напечатанной сначала въ первомъ выпускѣ девятой книги моего журнала*), будетъ совершенно достаточно для требованій публики. Что касается научнаго успѣха, то я слишкомъ хорошо помнилъ, какъ трудно было мнѣ самому отрѣшиться отъ общественнаго взгляда, чтобы не разсчитывать встрѣтить тоже самое и въ другихъ. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ отношеніи опасенія мои оказались преувеличенными. Уже осенью прошлаго года обратился ко мнѣ издатель съ предложеніемъ новаго изданія. Я съ удовольствіемъ увидѣлъ въ этомъ знакъ того, что публика отнеслась къ моему труду съ бо̀льшимъ сочувствіемъ, нежели можно было ожидать при чрезмѣрномъ изобиліи литературныхъ трудовъ по вопросу о владѣніи. Но еще болѣе порадовалъ меня научный успѣхъ моей работы. У меня въ рукахъ цѣлый рядъ сообщеній отъ университетскихъ доцентовъ и практиковъ-юристовъ, изъ которыхъ слѣдуетъ частью косвенно, что они соглашаются съ основными положеніями, установленной мною новой теоріи владѣнія. Но мнѣ особенно дорого право публично назвать сторонниками моей теоріи тѣхъ трехъ лицъ, которыя первыя заявили о своемъ согласіи съ ней**). Тѣмъ не менѣе я не такъ молодъ и неопытенъ, чтобы

*) Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deütschen Privatrechts. hrg von Ihering Iena (mauke's verlag) Neünter Band. 1868.

**) Іерингъ говоритъ здѣсь о трехъ извѣстныхъ юристахъ: Отто Берѣ (Otto Bähr), Оскарѣ Бюловѣ (Oscar Bülou) и Іосифѣ Унгерѣ (Iozeph Unger), которымъ онъ посвящаетъ свое настоящее изслѣдованіе.

основывать на всемъ этомъ надежду на скорое торжество моей теоріи. Какъ ни твердо я убѣжденъ въ ея вѣрности, какъ ни слабы кажутся всѣ аргументы противопоставляемые мнѣ до сихъ поръ устно или письменно, я не обманываю себя въ томъ что моя попытка—не только исправить господствующее ученіе о владѣніи въ его частностяхъ, но и потрясетъ его въ его основаніяхъ, построивъ на мѣсто этой теоріи новую,—что такая попытка встрѣтитъ упорное сопротивленіе, этого слѣдуетъ ожидать, потому что вопросъ заключается не въ одномъ различіи мнѣній, но и въ общемъ взглядѣ на предметъ.

Приступая къ настоящему изданію, я долженъ прежде всего заявить, что до сихъ поръ я не имѣлъ повода отказаться отъ чего бы то ни было, высказаннаго въ предшествующемъ изданіи; напротивъ, я сдѣлалъ нѣкоторыя показавшіяся мнѣ нужными замѣчанія и дополненія. Такъ вслѣдствіе возраженій одного изъ моихъ ученыхъ друзей я нашелъ нужнымъ изложить обстоятельнѣе, чѣмъ въ первомъ изданіи, основанія одного изъ главныхъ положеній моей теоріи — право науки на различеніе между предположенными и непредположенными дѣйствіями институтовъ права. Изъ другихъ прибавленій (не упоминая о болѣе мелкихъ) я укажу на изложеніе interdicta adipiscendae possessionis и interd de precario, представляющихъ два новыхъ основанія разногласія между мною и Савиньи.

Если я въ моемъ изслѣдованіи не отвелъ мѣсто слѣдующему сочиненію о владѣніи: P. van Wetter, Traité de la possession en droit romain. Gand (Harte). Paris (Durand) 1868, то это не потому, что оно явилось послѣ того, когда моя книга была уже совсѣмъ готова къ напечатанію, — я и во время печатанія могъ сдѣлать нужныя прибавленія — дѣло въ томъ, что авторъ упомянутаго сочиненія относительно вопросовъ, составляющихъ предметъ моего изслѣдованія, стоитъ исключительно на почвѣ теоріи Савиньи. Что касается единственнаго значительнаго уклоненія автора отъ Савиньи въ ученіи объ animus domini, то о немъ будетъ рѣчь у меня въ третьей главѣ.

Рудольфъ Іерингъ.

Вѣна, 28 мая 1869 года.

ОСНОВАНІЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ.

ПЕРЕСМОТРЪ УЧЕНІЯ О ВЛАДѢНІИ.

Ни одна монографія по римскому праву не вызвала столько удивленія и не нашла такъ много послѣдователей съ одной стороны и такъ много противниковъ съ другой,—какъ монографія Савиньи о владѣніи. То и другое, по моему мнѣнію, было одинаково заслужено. Трудъ этотъ обезпечилъ за собою неоспоримую и прочную славу тѣмъ, что внесъ впервые въ догматику нашего гражданскаго права духъ римской юриспруденціи. Эта заслуга останется за произведеніемъ Савиньи независимо отъ того, падутъ или устоятъ всѣ, или только нѣкоторые положительные выводы самой теоріи. Но, признавая эту заслугу, наука въ тоже время не должна колебаться передъ необходимостью подвергнуть взгляды Савиньи новой провѣркѣ. Ей нечего бояться анаѳемы, которой Пухта, раздосадованный, доведенный до отчаянія безконечнымъ потокомъ литературы по вопросу о владѣніи, грозитъ за всякое новое сомнѣніе.

Въ самомъ дѣлѣ, все въ трудѣ Савиньи, все, начиная съ частностей и кончая основными положеніями и воззрѣніями, требуетъ критики. Еслибъ наша наука удовлетворилась неразрѣшенными загадками, которыя создала теорія Савиньи, это было бы въ моихъ глазахъ доказательствомъ притупленія чувства и юридическаго мышленія, признакомъ декаденціи.

Съ тѣхъ поръ, какъ я сознялъ за собою право на самостоятельное научное сужденіе, я чувствовалъ себя въ противорѣчіи

съ существенными пунктами этой теоріи, но считалъ, однако, обязанностью не высказывать открыто всякаго взгляда, для того, чтобы подвергнуть его новымъ критическимъ изслѣдованіямъ. Въ послѣднее время я сдѣлалъ ихъ достаточно и, какъ мало я ни склоненъ видѣть въ нихъ объективныя гарантіи истины, но думаю, что субъективно я ничего не упустилъ изъ виду для того, чтобы овладѣть ими.

Сомнѣніе въ ученіи Савиньи о владѣніи впервые возникло у меня по поводу теоріи объ animus domini и уже съ 1846 г. я въ главныхъ чертахъ излагалъ въ моихъ лекціяхъ тотъ взглядъ, который будетъ развитъ въ третьей главѣ настоящаго сочиненія. Мало по малу явились разногласія и по другимъ пунктамъ, въ особенности въ ученіи о constitum possessorium, также какъ по вопросу объ основаніяхъ защиты владѣнія и его правовой природы. Эти два послѣдніе вопроса и составляютъ предметъ настоящей статьи; они будутъ изложены въ слѣдующемъ порядкѣ:

I) Основаніе защиты владѣнія.
II) Правовая природа владѣнія.
III) Animus domini.
IV) Constitutum possessorium.

I.

ОСНОВАНІЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ.

1. ОБЩІЙ ОБЗОРЪ.

Почему владѣніе защищается? Никто не ставитъ такого вопроса для собственности,—зачѣмъ же подымать его для владѣнія? Затѣмъ, отвѣчу я, что защита владѣнія съ самаго начала заключаетъ въ себѣ нѣчто въ высшей степени поражающее, полное противорѣчій; затѣмъ, что защищать владѣніе значитъ защищать въ тоже время воровъ и разбойниковъ. Можетъ ли право, осуждающее разбой и воровство, признавать и защищать продуктъ этихъ дѣйствій въ лицѣ того, кто ихъ совершаетъ? Не значитъ ли это съ одной стороны—поощрять и содѣйствовать тому, что съ другой—отвергается и преслѣдуется?

Когда какое нибудь учрежденіе существуетъ уже нѣсколько тысячелѣтій, то, относясь къ вопросу безпристрастно, нельзя не придти къ убѣжденію, что существованіе его обусловливает-

ся особыми принудительными причинами; вотъ почему вопросъ о необходимости защиты владѣнія никогда не былъ предметомъ серьозныхъ сомнѣній. Но по отношенію къ причинамъ защиты господствуетъ сильнѣйшее разногласіе.

Многіе писатели, въ особенности изъ прежнихъ, вовсе обходятъ вопросъ; они, какъ это часто случается, довольствуются существующимъ фактомъ. Но если какой нибудь фактъ нуждается въ объясненіи, то именно фактъ владѣнія. Савиньи сознался это и не отказалъ намъ въ отвѣтѣ; однако, сочувствіе, съ которымъ было встрѣчено его объясненіе, было не продолжительно, и въ настоящее время дѣлаются новыя попытки разрѣшить вопросъ другимъ образомъ; къ этимъ попыткамъ я присоединю свою.

Разбираемый нами вопросъ заключаетъ въ себѣ не одинъ философско-правовой или законодательно-политическій интересъ, какъ можетъ показаться съ перваго взгляда; онъ имѣетъ еще выдающуюся догматическую важность. Ниже я надѣюсь доказать, что отъ правильнаго разрѣшенія его не только зависитъ правильное пониманіе римскаго ученія о владѣніи, взятаго въ его цѣломъ, но что этотъ вопросъ можетъ привести и къ важнымъ практическимъ результатамъ.

Всѣ сдѣланные до сихъ поръ опыты разрѣшенія вопроса объ основаніи защиты владѣнія никѣмъ не были еще сгруппированы и подвергнуты точной критикѣ; *) вотъ почему я вижу себя вынужденнымъ восполнить этотъ пробѣлъ. Я постараюсь сгруппировать ихъ и, по примѣру теоріи о наказаніяхъ, раздѣлить на *абсолютныя* и *относительныя*.

Относительныя теоріи ищутъ основанія защиты внѣ владѣнія, а именно въ учрежденіяхъ, принципахъ права и общихъ соображеніяхъ, которыя не составляютъ исключительной особенности владѣнія. Владѣніе защищается не для себя самаго, а для чего нибудь другаго, что иначе не достигнуло бы полнаго юридическаго признанія. Такимъ образомъ, на основаніи этихъ теорій владѣніе не можетъ быть объяснено изъ него самаго. Защита его производная, случайная: она рушится, какъ скоро изсякнутъ источники, изъ которыхъ она заимствуется. *Абсолют-*

*) Заслуживающее вниманія исключеніе составляетъ только Randa: „Der Besitz nach Oester. Rechte. Leipzig. 1865. P. 8.

ныя теоріи напротивъ находятъ объясненіе владѣнія въ немъ самомъ. Владѣніе обязано своей защитой и значеніемъ не какимъ нибудь соображеніямъ, находящимся внѣ его; оно заключаетъ въ самомъ себѣ право на юридическое признаніе, въ которомъ правовой порядокъ не можетъ отказать ему. Одна изъ этихъ теорій видитъ такое юридическое основаніе защиты владѣнія въ *моментѣ воли*. Владѣніе представляется по этой теоріи фактомъ человѣческой воли, осуществляемой въ вещи, фактомъ, который право должно признавать и уважать, независимо отъ всѣхъ соображеній выгоды и невыгоды, въ силу коренного права воли, которое въ вопросѣ о владѣніи требуетъ своего признанія какъ отъ законодателя *in absracto*, такъ и отъ судьи in concreto. Короче владѣлецъ имѣетъ такое же право на признаніе и защиту, какъ и собственникъ. Этой защитѣ владѣнія, основанной на *этическомъ* моментѣ воли, другая теорія противопоставляетъ защиту владѣнія на основаніи его *экономической* необходимости. Владѣніе въ экономическомъ быту также необходимо, какъ и собственность. Владѣніе и собственность представляютъ только юридическія формы, въ которыхъ осуществляется экономическое назначеніе вещей—служить человѣческимъ потребностямъ.

Вотъ на основаніи этой то точки зрѣнія я ниже сгруппирую отдѣльные взгляды, при чемъ не скрою, что не надѣюсь достичь той степени ясности и рѣзкости разграниченій, какую мы находимъ въ теоріяхъ о наказаніяхъ. До сихъ поръ недостаточно обращено вниманія на то обстоятельство, что у многихъ писателей мы находимъ оттѣнки обоихъ основныхъ взглядовъ *). Быть можетъ, настоящая попытка будетъ способствовать выясненію вопроса, хотя бы съ этой стороны.

I. ОТНОСИТЕЛЬНЫЯ ТЕОРІИ.

Основаніе защиты владѣнія заключается не въ немъ самомъ а въ

1. Запрещеніи *насилія* при чемъ.

а) Савиньи напираетъ больше на *частно-гражданское* отношеніе его къ *владѣльцу* (нарушеніе владѣнія есть *деликтъ* противъ *владѣльца*);

*) Пухта „Vermischte Schriften“ стр. 265. Grendelenburg. „Naturrecht auf dem grunde der Ethik“ 595. Leipzig. 1860.

b) Рудорфъ же настаиваетъ на значеніи, которое имѣетъ запрещеніе насилія по отношенію къ *общественному порядку* (нарушеніе владѣнія есть посягательство на *правовой порядокъ*).

2. Въ высшемъ *принципѣ права*:

«Никто не можетъ юридически одержать верхъ надъ другимъ, если онъ не имѣетъ на своей сторонѣ преимущества лучшаго права» (Тибо).

3. Въ *привилегіи «соотвѣтственности праву»*, въ силу которой предполагается, доколѣ противное не будетъ доказано, что владѣлецъ, *могущій* имѣть право на владѣніе, въ дѣйствительности имѣетъ его (Редеръ).

4. Въ *собственности;* владѣніе должно охраняться:

a) какъ *вѣроятная* (также возможная) собственность (прежній взглядъ),

b) какъ *начинающаяся* собственность (Гансъ);

c) какъ необходимый суррогатъ *защиты собственности* (мой взглядъ).

2. Абсолютныя теоріи.

Владѣніе должно защищать ради его самого, такъ какъ

a) владѣніе есть *воля* въ ея матеріальномъ проявленіи (Гансъ Пухта, Брунсъ);

b) владѣніе, также какъ и собственность, служитъ общему назначенію имущества: удовлетворенію потребностей человѣчества посредствомъ вещей и свободнаго распоряженія ими; цѣль его—сохранить фактическое состояніе вещей (Шталь).

II.

ЗАПРЕЩЕНІЕ НАСИЛІЯ, КАКЪ ОСНОВАНІЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ.

Взглядъ Савиньи на столько извѣстенъ, что, я думаю, едва ли нужно было бы приводить его подлинныя слова:

«Такъ какъ владѣніе само въ себѣ не есть правовое отношеніе, то и нарушеніе его не есть нарушеніе права, и таковымъ оно сдѣлается только въ томъ случаѣ, когда на ряду съ владѣніемъ нарушается другое право. Если нарушеніе владѣнія сопровождается насиліемъ, то это нарушеніе будетъ уже потому правонарушеніемъ, что всякое насильственное дѣйствіе есть неправда и эта то неправда и должна быть уничтожена черезъ интердикты. Интердикты предполагаютъ такимъ образомъ дѣй-

ствіе, которое уже по самой формѣ есть нарушеніе права. Владѣлецъ имѣетъ право требовать отъ каждаго, чтобъ противъ него вообще не употреблялось насиліе» *). Въ этомъ случаѣ, нарушается не самостоятельное право, внѣ связи съ лицемъ владѣльца, но измѣняется *состояніе* послѣдняго, ко вреду его, и, если послѣдствія *неправды*, лежащей въ нарушеніи *права личности*, должны быть уничтожены, то это можетъ совершиться только черезъ возстановленіе и защиту того фактическаго состоянія, на которое направлено было насиліе» **).

Взглядъ Рудорфа ***) не многимъ разнится отъ взгляда Савиньи. Послѣдній находитъ право на защиту противъ насилія въ лицѣ владѣльца и опирается, говоря его же словами, «на частно-правовыя отношенія его, какъ основаніе поссессорныхъ интердиктовъ.» Рудорфъ же усматриваетъ въ насиліи характеръ нарушенія публичнаго права, нарушенія общественнаго порядка,» связывая защиту владѣнія съ запрещеніемъ *самоуправства*.

Понятно, что послѣдняя точка зрѣнія не стоитъ въ противорѣчіи съ частно-правовыми притязаніями владѣльца, лучшее доказательство чего заключаетъ въ себѣ Decretum Divi Marci. ****)

Но въ тоже время она слишкомъ узка, потому что насильственное нарушеніе и отнятіе владѣнія не всегда совершаются съ цѣлью *самоуправства*, если мы даже умолчимъ совсѣмъ о двухъ другихъ случаяхъ отнятія владѣнія (clam, precario).

Возраженія и сомнѣнія, которыя были возбуждены такой перестановкой точки зрѣнія Савиньи †), заставили, кажется автора молчаливо отказаться отъ своего взгляда †*). Вотъ почему въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ имѣть въ виду одну только теорію Савиньи.

---

*) Савиньи: Recht des Besitzes „S 5. Aufl. 7 von Rudorff, Wien 1865 стр. 30—32.

**) Савиньи, въ томъ же сочиненіи, S 10 Aufl. 7 стр. 56, прибавленія.

***) Zeitschrift fur geschicht. R. W. VII, стр. 90.

****) Этимъ декретомъ самоуправство запрещалось въ самомъ принципѣ т. е. независимо отъ дозволенности или недозволенности дѣйствій, предпринимаемыхъ съ цѣлью самоуправства. Онъ сопровождалъ потерей права требованія кредитора, если онъ доставлялъ себѣ удовлетвореніе самъ и противъ воли должника (если даже онъ и не совершалъ насилія), а интерпретація подвергнула такой же потерѣ право собственника на вещь, если онъ бралъ ее насильственно изъ чужаго владѣнія, и другіе аналогическіе случаи. (Прим. пер.).

†) Савиньи, тамъ же, стр. 62—64.

†*) Тамъ же, въ прибавленіяхъ.

На первый взглядъ она, какъ будто, имѣетъ что-то подкупающее въ свою пользу, но это кажется только до тѣхъ поръ, пока мы не знаемъ или не обращаемъ вниманія на то, какъ *римское право* понимало владѣніе. Взглядъ Савиньи былъ бы на своемъ мѣстѣ въ какомъ нибудь курсѣ естественнаго права *), но въ трудѣ, имѣющемъ задачей—изложеніе *римской* теоріи владѣнія; поразителенъ въ высшей степени. Съ ней то именно онъ и не можетъ быть приведенъ въ согласіе, въ ней онъ то и дѣло наталкивается на противорѣчія. Опытъ законодательнаго примѣненія теоріи Савиньи создалъ бы такое право владѣнія, которое не имѣло бы и самаго отдаленнаго сходства съ римскимъ. Это мы докажемъ теперь на главныхъ пунктахъ римскаго ученія о владѣніи.

1. *Незащищаемость detentio alieno nomine.*

Если владѣльческіе интердикты основываются на идеѣ нарушенія права *личности*, то непонятно, почему въ нихъ отказывается владѣльцамъ на чужое имя.

Какъ скоро нарушено право личности, то не все ли равно, въ какомъ отношеніи къ владѣнію стоитъ лицо. Правовой порядокъ будетъ ли меньше нарушенъ, если кто нибудь лишитъ владѣнія арендатора, по договору, или наслѣдственнаго арендатора?

Насиліе останется насиліемъ, надъ кѣмъ бы оно ни было совершено. Дѣйствіе, которое уже какъ таковое, т.-е. независимо отъ лица оскорбленнаго, заключаетъ въ себѣ несправедливость и не можетъ ни въ какомъ случаѣ быть то правомъ, то противнымъ праву, смотря по различію предположеній, Voraussetzungen.

Выслушаемъ отвѣтъ на это Савиньи. «Одно изъ двухъ,—говоритъ онъ, (стр. 59) или этотъ детенторъ въ согласіи или въ спорѣ съ дѣйствительнымъ владѣльцемъ. Въ первомъ слу-

---

*) Даже здѣсь должно быть сначала доказано, какъ этого требуетъ Ранда въ цитированномъ сочиненіи, что насильственное отнятіе владѣнія противно въ самомъ себѣ праву. „Насиліе само въ себѣ“, замѣчаетъ онъ совершенно правильно „можетъ являться только тогда противнымъ праву, когда нарушается какое-нибудь право, потому что, гдѣ не нарушается никакого права, а производится только измѣненіе въ какомъ нибудь фактическомъ состояніи, тамъ не можетъ быть и рѣчи объ уничтоженіи неправды, заключающейся въ насиліи и ея послѣдствіи.“ Я скоро возвращусь снова къ этому вопросу (IV).

чаѣ онъ не нуждается въ интердиктахъ, такъ какъ для него достаточны интердикты владѣльца. Во второмъ же случаѣ, т.-е. если бы онъ вопреки волѣ послѣдняго, хотѣлъ употребить ихъ противъ него же или противъ третьяго лица, то на это онъ не имѣетъ права, потому что, поступая такимъ образомъ, онъ бы вторгнулся въ область обязательственныхъ отношеній, существующихъ между нимъ и владѣльцемъ, а этимъ обязательственнымъ отношеніямъ онъ обязанъ своей детенціей (естественнымъ владѣніемъ) и онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетворяютъ всѣмъ его возможнымъ интересамъ „ Сомнѣваюсь убѣдитъ ли кого нибудь этотъ выводъ. *) Высказывая его, Савиньи упускаетъ изъ виду свое собственное представленіе о владѣльческихъ интердиктахъ. Если эти послѣдніе заключаютъ въ себѣ защиту *личности* противъ нарушенія ея права, причемъ отношеніе владѣнія занимаетъ второстепенное мѣсто, касаясь лишь фактическаго момента даннаго положенія, то непонятно по чему детенторъ (естественный владѣлецъ) долженъ заимствовать защиту противъ нарушенія своего личнаго права только отъ владѣльца. Достаточно ли защищаютъ детентора интердикты владѣльца **), это все равно какъ скоро насиліе разсматривается, какъ направленное не на владѣніе, а на самую личность. Защита противъ неправды, заключающейся въ этомъ дѣйствіи, является не вопросомъ цѣлесообразности или потребности, а простымъ дѣломъ послѣдовательности. *Оскорбленный* долженъ быть *защищенъ*; если ихъ два, то оба, въ противномъ случаѣ одинъ. Детентору не можетъ быть отказано въ защитѣ противъ насилія, такъ какъ онъ непосредственно и ближе всего затрогивается имъ. Такое отношеніе мы встрѣчаемъ въ interd. quod vi aut clam; если opus vi aut clam factum равнымъ образомъ касается интересовъ арендатора и хозяина, то оба получаютъ интердиктъ. ***) Затѣмъ если мы вникнемъ въ то обстоятельство, что этотъ послѣдній интердиктъ основывается на точкѣ зрѣнія деликта, то мы не можемъ сомнѣваться, какъ римскіе юристы рѣшали бы вопросъ о защитѣ

---

*) Противъ него высказывается также Ранда въ цитированномъ выше сочиненіи (Notes)

**) Даже это, какъ вѣрно замѣчаетъ Ранда, не всегда справедливо, напр. въ случаѣ отсутствія владѣльца.

***) L. 12 quod vi (43. 24.)

L. 3 pr. ibid. facto tuo deliquentis, L. 1. § 2. injuriam comminisci. По-

детентора, если бы они смотрѣли и на владѣльческіе интердикты съ той же точки зрѣнія.

Какъ скоро детенторы не нуждаются въ самостоятельныхъ средствахъ защиты, то зачѣмъ римское право даетъ имъ actio furti u vi bonorum raptorum? *) Оно могло бы оспаривать у нихъ эти иски на тѣхъ же основаніяхъ, на которыхъ отказывало имъ въ владѣльческихъ средствахъ защиты. Римское право не нашло этого нужнымъ, ясно, что оно не только не упускало изъ виду того, что эти деликты непосредственно направлены противъ детентора, но и сознавало необходимость непосредственной защиты противъ нихъ. Въ основаніе обоихъ поименованныхъ исковъ и въ interd. quod vi aut clam лежитъ не только личное правонарушеніе, но и тотъ *вещный, имущественный* интересъ, заключающійся въ защитѣ детенціи, интересъ, которому они служатъ выраженіемъ. «Praeterea—говорится въ цитированномъ нами законѣ (14. § 2 de furt.), habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia *interest eorum*» а въ L. 2 § 22 vi bon. даже вещи отданныя въ заемъ, внаймы или въ аренду причисляются къ имуществу въ томъ смыслѣ, что хотя онѣ и не считаются «in bonis», но однако ex bonis, т.-е. aut ex substantia mea res ablata esse proponatur.... ut intersit mea eam non auferri. Такъ наниматель получаетъ interd. de migrando противъ задержанія внесенныхъ имъ вещей, интердиктъ, дѣйствующій также по отношенію къ вещамъ, отданнымъ только внаймы, въ заемъ или на сохраненіе; на послѣднія также распространяется hereditatis petitio. **)

Когда владѣлецъ и детенторъ въ спорѣ, говоритъ Савиньи, послѣдній не имѣетъ права пользоваться интердиктами, такъ какъ это было бы вторженіемъ въ область обязательственныхъ отношеній. Но допуская даже, что дѣйствіе интердиктовъ со стороны детентора есть вторженіе въ область владѣльца, какъ можетъ это относится къ виновнику нарушенія, по отношенію къ которому могутъ приниматься въ соображеніе только его собственныя дѣйствія и для котораго не можетъ проистекать никакого

тому онъ достается также сыну, стоящему подъ властью отца, L. 9 de O. et A. (44. 7) injuriam L. 13. S. 2. quod. vi et quod vi aut clam.

*) L. 14 § 2. L. 85 de furt (47. 2). L. 2 § 22 vi bon. (47. 8).

**) L. 2 de migr. (43. 32) L. 19 pr. de heredit· pet. (5. 3).

права изъ чужаго обязательства. Если бы послѣднее было возможно, то оно въ особенности примѣнялось бы къ тому случаю, когда детенторъ лишивъ владѣнія владѣльца, самъ дѣлается таковымъ; потому что здѣсь вторженіе въ обязательственныя отношенія является несомнѣннымъ; между тѣмъ римское право, не колеблясь, даетъ интердиктъ детентору и отказывается выслушивать возраженія третьихъ лицъ, которыя вздумали бы основываться, по Савиньи, на обязательственныхъ отношеніяхъ между детенторомъ и владѣльцомъ. *) Короче, попытка Савиньи отразить возраженія подымаемыя его теоріей вслѣдствіе беззащитности детентора,—совершенно не удалась. Развѣ это не странная иронія надъ литературною судьбою творенія Савиньи, доказываемая многими мѣстами его же труда, не смотря на его геніальность; странная, повторяемъ, иронія, что возстановитель римской теоріи владѣнія ставитъ для объясненія ея такой принципъ, который въ непримиримомъ противорѣчіи съ самой теоріей, и съ другой стороны горячо возстаетъ противъ «summariissimum» и «actio spolii», составляющихъ новѣйшее явленіе въ области владѣнія; тогда какъ они представляютъ собою *историческое осуществленіе* его же педи. Тотъ, кто въ нарушеніи или захватѣ владѣнія видитъ нарушеніе права *личности* долженъ бы радостно привѣтствовать эти два средства защиты, даваемыя каждому владѣльцу безъ различія качества владѣнія какъ осуществленіе этого принципа; Савиньи же видитъ въ нихъ научное заблужденіе. Кто судитъ такимъ образомъ и въ тоже время ратуетъ за поддержаніе римскаго права во всей его чистотѣ, тотъ долженъ бы особенно рѣшительно оспаривать положеніе имѣющее цѣлью доказать, что средства защиты владѣнія заключаютъ въ себѣ защиту личности. Савиньи же не только самъ поставилъ это положеніе, но и поддерживалъ его втеченіе полстолѣтія.

2. Незащищаемость владѣнія при неспособности къ владѣнію вещи или лица.

а) Неспособность вещи. На res extra commercium нѣтъ ни владѣнія, ни защиты владѣнія. Почему? Исходя изъ моего предста-

*) L. 12 de vi (43. 16).

вленія о владѣніи я надѣюсь разрѣшить этотъ вопросъ удовлетворительно: на эти вещи не можетъ быть собственности, владѣніе же есть не болѣе не менѣе, какъ фактичность (Thatsächlichkeit) собственности, которая слѣдовательно кончается тамъ, гдѣ собственность дѣлается немыслимой. Но съ точки зрѣнія Савиньи положеніе это совсѣмъ необъяснимо. Если нарушеніе владѣнія получаетъ юридическое значеніе только потому, что заключаетъ въ себѣ нарушеніе права *личности*, то какое значеніе можетъ имѣть самый родъ вещи? не все ли равно въ этомъ случаѣ, будетъ ли вещь движимая, или недвижимая, способная или неспособная къ собственности? Это имѣетъ также мало значенія, какъ безразлично въ нашихъ глазахъ — совершено ли убійство около дома, или около забора, подъ дубомъ, или подъ букомъ.

Если бы положеніе Савиньи было вѣрно, то владѣніе обсуждалось бы совершенно независимо отъ юридическихъ качествъ вещи съ той точки зрѣнія, которую устанавливаетъ L. 13 §. 7 de injur (47. 10) для инъюріарныхъ исковъ. Для меня безразлично, мѣшаетъ ли кто нибудь свободному распоряженію моей собственной вещью или res publica (in publicum lavare aut in cavea publica sedere...) или res communis omnium (in mari piscari); во всѣхъ поименованныхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто act. injuriarum. Пусть не говорятъ, что владѣлецъ res extra commercium не имѣетъ никакого интереса въ вещи, или что онъ совершаетъ правонарушеніе, владѣя ею, а правонарушеніе не должно защищаться. Дѣло въ томъ, что послѣднее соображеніе относилось бы одинаково къ ворамъ и разбойникамъ *), а между тѣмъ они пользуются владѣльческими интердиктами. Кромѣ того: если бы это было справедливо по отношенію къ res sacrae и res publicae, то не могло бы относиться *ко всѣмъ* res extra commercium.

Res religiosa стоитъ къ лицу, которому принадлежитъ, (ad quem pertinet) въ отношеніи, аналогичномъ собственности; только это лицо имѣетъ право пользоваться ею сообразно ея цѣли и, подобно владѣльцу, обладаетъ правомочіемъ—исключать всѣхъ

*) На этомъ основаніи имъ отказывается въ act. furti, если даже у нихъ самихъ крадутъ вещь (см. 76 §. 1 de furt. § 47. 2.). si honesta ex causa interest, смотри также (L. 12 §. 1. ibid. nemo de improbitate sua consequitur actionem, также act. ad exhibendum § 3 11. ad ex hib. (10, 4); actio familiae erciscundae не распространяется на „quod vel vi aut latrocinio aut aggressura aquisitum erit“ L. 4. § 2. fam. erc. (10. 2.).

третьихъ лицъ, короче, оно имѣетъ юридически признанный и охраняемый правомъ интересъ въ своемъ отношеніи къ этой вещи *). При насильственномъ вторженіи въ это отношеніе, нѣтъ, конечно, недостатка въ условіяхъ, которыхъ, по мнѣнію Савиньи, достаточно для владѣльческихъ интердиктовъ **), а между тѣмъ въ нихъ владѣльцу отказываютъ замѣняя ихъ другими средствами защиты. Тоже самое примѣняется къ отношеніямъ отца къ дѣтямъ. Неужели, когда у отца удерживаютъ дѣтей, онъ менѣе заинтересованъ и право его менѣе нарушено чѣмъ въ томъ случаѣ, когда захватятъ его раба. Въ послѣднемъ случаѣ ему предоставлялся interdictum utrubi, *владѣльческій* интердиктъ, тогда какъ въ первомъ — онъ долженъ прибѣгать къ спеціальнымъ интердиктамъ (de liberis exhibendis et ducendis).

в) Неспособность къ владѣнію лица.

Рабы и дѣти, состоящіе подъ властью отца, признавались римскимъ правомъ неспособными къ владѣнію ***). По мнѣнію Савиньи положеніе это основывается на общемъ принципѣ, въ силу котораго подвластный сынъ вообще не можетъ имѣть правъ на имущество. Это, конечно, вѣрно; но какъ согласовать такое объясненіе съ положеніемъ, доказывающимъ, что во владѣніи защищается не имущественно правовое отношеніе, а лицо. Если владѣльческіе интердикты основываются на точкѣ зрѣнія деликта, то въ нихъ нельзя бы было отказывать подвластнымъ дѣтямъ такъ какъ, если они въ силу L. 9 de Oet A. (44, 7) «suo nomine nullam actionem habet nisi iujuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati» то они должны бы также имѣть *эти* интердикты.

3. *Защита владѣнія injustus или malae fidei possessor.*

Эта защита также ни въ какомъ случаѣ не примиряется съ теоріей Савиньи. Ворамъ и разбойникамъ отказываютъ въ act. furti и act. legis Aquiliae ****); какимъ же образомъ могло быть

---

*) См. мой „Geist des Röm. Rechts“ III. стр. 335 также Рудорфъ и Савиньи (стр. 604); послѣдній сообщаетъ документъ изъ Orelli (№ 4358) въ которомъ говорится о перенесеніи владѣнія гробницей (in vacuam possessionem... ire aut mittere.

**) L. 30. §. 1. de poss. (41, 2).

***) L. 49 § 1 de poss. (41. 2).

****) L. 12 §. 1, L. 76 § 1 de furt (47, 2), L. 10 § 6. arg. L. 17 pr. ad leg. Aquil. (9 2).

признано за ними право на владѣльческіе интердикты, если видѣть въ этихъ послѣднихъ иски изъ деликтовъ? Сопоставимъ, это съ тѣмъ что выражено юристами въ L. 12 § 1. и L. 76 § 1. de furt. «Furti actio говорится въ L. 12, malae fidei possessori non datur, quam vis interest ejus rem non subripi, quippe cum res periculo ejus sit, sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur, и въ L. 76 § 1. nam licet intersit furio rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem, si honesta et causa interest».

И здѣсь Савиньи задаетъ намъ неразрѣшенную и неразрѣшимую загадку, не дѣлая попытки согласовать съ своей теоріей тѣ мѣста, цитируемыя имъ изъ источниковъ, которыми онъ пользуется противъ своихъ противниковъ съ другой цѣлью. Когда собственникъ тайно или насильственно захватываетъ вещь у malae fidei possessor, или уничтожаетъ ее, то послѣдній не имѣетъ противъ него ни condictio furtiva, потому что она предполагаетъ собственность, ни act furti, потому что она предполагаетъ интересъ, ни act. leg. Aquil. потому что она предполагаетъ право на вещь или по крайней мѣрѣ bonae fidei possessio; потерпѣвшій собственникъ отклоняетъ искъ изъ *деликта*, просто ссылаясь на свою собственность *). Если же напротивъ malae fidei possessor предъявляетъ владѣльческій искъ, что, съ тѣхъ поръ, какъ interd. uti possidetis и utrubi были сравнены Юстиніаномъ, можетъ одинаково имѣть мѣсто по отношенію къ движимымъ и недвижимымъ вещамъ, тогда возраженіе отвѣтчика о его правѣ собственности не берется въ разсчетъ а malae fidei possessio истца принимается въ соображеніе лишь на столько, на сколько по отношенію къ нему является основательно exceptio vitiosae possessionis.

Кто не пойметъ, что исходная точка зрѣнія въ обоихъ случаяхъ вполнѣ различная; въ первомъ точка зрѣнія *деликта*, во второмъ—*совершенно чуждая* деликту.

4. Отсутствіе элемента деликта во всѣхъ владѣльческихъ интердиктахъ.

Элементъ деликта является, внѣ сомнѣнія, только въ одномъ interd. unde. vi; во всѣхъ другихъ его слѣдуетъ рѣшительно от-

*) Также отклонитъ онъ actio depositi вора, также L. 31 § 1. Dep. 16 3). *in fine.*

рицать. По отношенію къ interd. de precario Савиньи стремится доказать необходимость его тѣмъ, «что злоупотребленіе непринужденнымъ согласіемъ другаго *столько же противно праву*, какъ и насильственный захватъ вещи». (Савиньи стр. 31). Однако, еслибъ этотъ доводъ былъ вѣренъ, то и condictio ex mutuo, act commodati и, возможныя на основаніи «precarium«, act praescriptis verbis должны бы быть исками изъ деликтовъ. Interd. de precario можетъ черезъ «dolus» прекариста, также какъ reivindicatio (черезъ dolus praeteritus владѣльца) принять оттѣнокъ съ характеромъ деликта, въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, наслѣдникъ прекариста будетъ отвѣчать только въ размѣрѣ обогащенія, *) доставленнаго ему наслѣдствомъ. Тѣмъ не менѣе, *возможность эта* (возможность деликтнаго элемента) дѣлаетъ какъ упомянутый интердиктъ такъ и «reivindicatio» одинаково мало исками изъ деликтовъ. Интердиктъ de precario направленъ столько же противъ наслѣдника сколько и противъ завѣщателя. **) Наконецъ, развѣ отказъ въ возвращеніи владѣнія долженъ необходимо заключать въ себѣ «dolus»? Конечно, нѣтъ. Предположимъ напримѣръ, что наслѣдникъ или опекунъ прекариста, сошедшаго съ ума, ничего не знаетъ о precarium; или, что самъ прекаристъ послѣ только узнаетъ, что онъ собственникъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ въ полномъ правѣ не уступать владѣнія: «idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse». ***) Изъ обоихъ „interdicta retinendae possessionis“ inter. utrubi; въ своей доюстиніановской формѣ, торжествуетъ надъ всѣми усиліями привести его въ согласіе съ теоріей Савиньи. Этотъ интердиктъ, какъ извѣстно, дѣйствовалъ не только противъ того, кто непосредственно захватывалъ владѣніе, но и противъ всякаго третьяго лица также, какъ противъ „bonae fidei possessor“. Единственное предположеніе его (voraussetzung) состояло въ томъ, чтобъ истецъ втеченіе послѣдняго года, считая съ момента подачи иска, дольше пользовался владѣніемъ спорной вещью, нежели отвѣтчикъ. Насколько я знаю, Савиньи никогда не высказывался относительно

---

*) L. 8 §. 8. de prec. (43. 26).

**) L. 8. §. 8 cit. heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse.

***) L. 4 §. 3 ibid., L. 45 pr. de R. J. (50. 17), L. 21 pr. de usuc. (41. 3), L. 31 §. 1. Dep. (16. 3). Доказательство собственности, дѣлаетъ интердиктъ ipsojure лишеннымъ основанія, см. мое соч. Geist des R. R., III стр. 65—66.

вопроса, какимъ образомъ этотъ интердиктъ можетъ мириться съ его личнымъ взглядомъ, да и первая же попытка съ его стороны доказала бы невозможность такого примиренія. Оба раза въ томъ мѣстѣ, гдѣ бы онъ долженъ бы сдѣлать эту попытку, (стр. 31, 49) Савиньи проходитъ нашъ интердиктъ молчаніемъ. При характеристикѣ interd. retinendae possessionis онъ настаиваетъ на необходимомъ условіи *насильственнаго нарушенія* владѣнія. (стр. 400) и ссылается при этомъ относительно interd. utrubi. (43. 31) на vim fieri veto изъ формулы въ L. 1. pr. «utrubi (43. 31)»; при спеціальномъ разсмотрѣніи послѣдняго интердикта, онъ, по его собственному выраженію «не имѣетъ сказать о немъ ничего особеннаго (Стр. 413) *) Однако, какое же значеніе имѣетъ «vim fieri veto»? Конечно не то, что только при наличности насилія открывается возможность просить интердиктъ; смыслъ этихъ словъ, тотъ, что отвѣтчикъ не имѣетъ права оказывать никакого сопротивленія истцу, когда послѣдній хочетъ взять себѣ вещь (quominus iseum ducat). Насиліе также мало составляетъ условіе этого интердикта, какъ и всѣхъ другихъ невладѣльческихъ интердиктовъ имѣющихъ, туже формулу. Если бы преторъ смотрѣлъ на насиліе какъ на необходимое условіе интердикта, онъ долженъ бы былъ основать его на совершеніи насилія въ будущемъ, а не въ прошедшемъ, какъ напр. при interd. quod vi aut clam: quod factum est, или при inter. unde vi, unde dejecisti.

Что касается interd. uti possidetis, то, благодаря обработкѣ, которой онъ подвергся въ новѣйшее время, **) я могу относительно его ограничиться нѣсколькими словами. Несправедливо, что «насильственное нарушеніе владѣнія» принадлежитъ къ необходимымъ условіямъ этого интердикта) Савиньи с. 400). Изслѣдованіе судьи: «num vis facta sit contra edictum praetoris» относится къ времени не предшествующему, а слѣдующему за выдачей интердикта. Просить о выдачѣ этого интердикта обѣ тяжущіяся

---

*) Также Рудорфъ отъ котораго при его близкомъ знакомствѣ съ римскимъ формулярнымъ процессомъ можно бы было ожидать что онъ признаетъ неосновательность этого заимствованнаго изъ формулы аргумента не находитъ ничего сказать противъ него, покрайней мѣрѣ въ указанномъ мѣстѣ (стр 40 въ прибавленіяхъ) я не нахожу никакого замѣчанія которое бы было сдѣлано имъ.

**) См. въ особенности Г. Германа Витте, Interdictum Uti possidetis. Leipzig 1863 преимущественно стр. 40 и слѣд.

стороны могутъ и въ случаѣ совершенно мирнаго спора о владѣніи, спора, свободнаго отъ всякаго насилія (controversia de possessione), какъ напримѣръ, когда между двумя лицами, ищущими наслѣдства идетъ дѣло о томъ, кто первый владѣлъ спорнымъ участкомъ земли; какъ Ульпіанъ (fr. 1. § 3. uti poss. 43. 17), и Гай (IV. 148), излагая ученіе объ интердиктахъ, дѣлаютъ этотъ случай своей точкой отправленія. Съ точки же зрѣнія Савиньи, имплорантъ (истецъ въ преюдиціальномъ процессѣ), говоря современнымъ употребительнымъ языкомъ, при такихъ обстоятельствахъ долженъ бы быть устраненъ.

5. *Излишность владѣльческихъ интердиктовъ, какъ особаго рода исковъ, изъ деликтовъ, рядомъ съ существующими деликтными исками.*

Еслибъ преторъ, вводя владѣльческіе интердикты, имѣлъ лишь цѣлью создать новые иски изъ деликтовъ, то къ чему они были нужны? Существующихъ было совершенно достаточно. При *нарушеніи* владѣнія имѣли мѣсто interdictum quod vi aut clam, и», act injuriarum; *) при отнятіи владѣнія—act. furti, которая въ древнѣйшемъ правѣ распространялась и на недвижимыя вещи, **) дѣйствовало, какъ противъ тайнаго, такъ и противъ насильственнаго нарушенія владѣнія, а въ случаѣ нужды могла быть распространена и на прекариста ***).

6. *Condictiones, направленныя на возвращеніе владѣнія.*

Только недавно, благодаря Брунсу, ****) обращено вниманіе на то обстоятельство, что condictiones стоятъ въ полномъ противорѣчіи съ теоріей Савиньи. Владѣніе въ нихъ является, какъ самостоятельный предметъ и основаніе иска, независимо отъ всякаго насилія; невозможно слѣдовательно утверждать, опираясь на римскую точку зрѣнія, что только насиліе даетъ правовое значеніе владѣнію.

---

*) Относительно перваго см. примѣры въ L. 7. § 5, 6, 9, 10, L. 9, 11 ect. Quod vi (43. 24), относительно послѣдняго въ L. 13 § 7 de injur. (47. 10) и Paulus S. R. см. 6. § 5.

**) Gellius IX 18. L. 13.

***) L. 1. vibon (47. 8), Gaius III 209.

****) Cf. Gell. loc. cit. съ L. 66 pr., 67 pr. de. furt. (47. 2).

Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenvart. Tubigen 1848. Стр. 27 и слѣдующія.

Если резюмировать все сказанное, то окажется слѣдующее: Савиньи приписываетъ претору установленіе *исковъ изъ деликтовъ;* между тѣмъ иски эти:

1) Рядомъ съ исками, существующими на основаніи цивильнаго права *совершенно излишни* (№ 5).

2) Въ нихъ *отказывали* такимъ лицамъ, которымъ они должны бы быть *даны* на основаніи, положеній, дѣйствующихъ для деликтныхъ исковъ (№ 1 и 2)

3) Они *давались* тѣмъ, кому бы въ нихъ должно быть *отказано* сообразно съ этими положеніями (№ 3).

4) Въ нихъ всѣхъ, за исключеніемъ одного (interd. unde vi) невозможно найти ни малѣйшаго слѣда *деликта* (№ 4).

III.

ДРУГІЯ ОТНОСИТЕЛЬНЫЯ ТЕОРІИ.

1) ТЕОРІЯ ТИБО.

Излагая теорію владѣнія, Тибо *) беретъ исходнымъ пунктомъ не просто фактъ, а *отправленіе права,* **) какъ особый *родъ* фактическихъ состояній.

Въ послѣдствіи мы будемъ имѣть случай показать, какъ плодотворно можетъ быть примѣнена эта точка зрѣнія къ пониманію теоріи владѣнія. Но фундаментъ, на которомъ Тибо хочетъ построить защиту владѣнія, очень шатокъ. Основнымъ и въ силу разума необходимымъ, говоритъ Тибо, долженъ быть признанъ слѣдующій принципъ: никто не можетъ юридически одержпвать верхъ надъ другимъ, кто не имѣетъ на своей сторонѣ преимущества лучшаго права. Вотъ почему владѣніе, которое, само по себѣ, есть только фактическое состояніе, пріобрѣтаетъ чрезвычайно важное юридическое значеніе въ силу правила—всякій, отправляющій какое-нибудь право только фактически, долженъ быть оставленъ въ этомъ фактическомъ состояніи до тѣхъ поръ, пока другой не предъявитъ на него лучшаго права.

---

*) „System des Pandektenrechts". изд. 8 § 203 — 204. Въ своемъ трудѣ о владѣніи и давности, Iena 1802. S. 2. онъ не даетъ защитѣ владѣнія никакого основанія.

**) Какъ у Гуфеланда, владѣнія (uber den eigenthumlichen Geist des Rom. Rechts. Theil 2. Abth. 1). Стр. 5 и слѣд. стр. 18 и слѣдующія.

Но, если владѣніе есть только *фактическое* состояніе, то почему для нарушенія его нужно обладать «*лучшимъ правомъ?*» Фактическое состояніе возникаетъ и исчезаетъ безъ участія права. Моя липа даетъ сосѣду защиту отъ лучей солнца; это фактъ, но кто защититъ сосѣда, если я пожелаю срубить дерево? Купецъ имѣетъ многочисленный кругъ покупателей; это фактъ; но кто защититъ его въ томъ случаѣ, если конкуррентъ лишитъ его этихъ покупателей? Если то положеніе, что владѣніе заключаетъ въ себѣ отправленіе права, не можетъ придать ему характера юридическаго отношенія и, если, по мнѣнію Тибо оно скорѣе должно стать на ряду съ другими фактическими состояніями, то къ нему также, какъ къ послѣднимъ относится слѣдующій законъ; возникновеніе, существованіе, исчезновеніе этихъ состояній обусловливается фактической силой. Въ области права конечно понятіе о преобладаніи соединяется съ понятіемъ о «*лучшемъ правѣ*», но переносить эту ассоціацію идей на *фактъ* значитъ становиться въ противорѣчіе съ предоставленіемъ о фактѣ. Предположимъ однакожъ, что именно «лучшее право» является рѣшающимъ въ этомъ случаѣ. Конечно арендаторъ, лишенный владѣнія третьимъ лицомъ, не имѣющимъ никакого права на вещь, имѣетъ за собой лучшее право, чѣмъ это третье лице. Фактическое положеніе арендатора опирается по крайней мѣрѣ на уступленное ему собственникомъ обязательственное право; почему же на это не обращаютъ вниманія; почему же отказываютъ ему въ владѣльческихъ интердиктахъ? Даже, если отдающій въ аренду въ свою очередь лишитъ владѣнія лицо, захватившее его первоначально или преемника этого лица, то въ процессѣ о владѣніи ему не будетъ позволено прибѣгать къ доказательству своего лучшаго права. Итакъ, объясненіе Тибо, въ противоположность тому, что можетъ показаться съ перваго взгляда, опирается не исключительно на почву факта, но и на право, не соотвѣтствуя однако основнымъ положеніямъ ни того, ни другаго. Если владѣніе въ самомъ дѣлѣ есть только фактъ, то точка зрѣнія, на основаніи которой сила, имѣющая цѣлью уничтожить какое нибудь состояніе должна имѣть преимущество передъ той, которая его поддерживаетъ, эта точка зрѣнія не дастъ владѣнію юридической защиты. Если же владѣніе есть право, то точка зрѣнія Тибо представляетъ его въ такихъ чертахъ, какихъ мы вовсе не находимъ въ римскомъ правѣ. Собственно римская

система защиты владѣнія не можетъ быть объяснена этимъ путемъ.

Тѣмъ же недостаткомъ страдаетъ

2. ВЗГЛЯДЪ РЕДЕРА *).

Этотъ писатель видитъ основаніе защиты владѣнія въ предположеніи *соотвѣтственности его праву* (безупречности), находящемъ выраженіе въ слѣдующемъ положеніи: «quilibet praesumitur justus (?—bonus) donec probetur contrarium. На основаніи этого предположенія примѣнимаго къ каждому владѣльцу, должно быть признано, что всякое фактическое отношеніе, въ которомъ онъ стоитъ къ вещи или къ лицу, существуетъ возможнымъ образомъ на основаніи или вслѣдствіе какого-нибудь права, для отправленія котораго оно необходимо. Вотъ почему оно должно быть признано существующимъ въ силу такого права и вотъ почему оно не противно праву.» Примѣненіе этого кореннаго положенія къ владѣнію обязательно. Но авторъ дѣлаетъ скачокъ, такъ какъ это положеніе имѣетъ содержаніемъ безупречность не внѣшняго *отношенія*, а *лица*. Безупречность личности, разъ признанная, должна распространяться на естественнаго владѣльца столько же, какъ и на юридическаго, на невладѣльца также, какъ и на владѣльца.

Невладѣлецъ не менѣе владѣльца имѣетъ право требовать признанія своей правдивости; внѣшній фактъ владѣнія не можетъ служить основаніемъ для нея. Если основывать владѣніе на презумпціи сообразности его съ правомъ, то для этого нужно избрать другой путь. Презумпція, заимствованная изъ качества личности, негодна для этой цѣли. Допустимъ однакожъ, что владѣлецъ имѣетъ на своей сторонѣ одну презумпцію; почему же запретимъ мы противнику опровергать эту презумпцію доказательствомъ противнаго. Что станется съ безупречностью лица, какъ скоро отвѣтчикъ докажетъ, что онъ собственникъ, и что истецъ укралъ вещь. Если въ процессѣ о владѣніи дѣло идетъ не о владѣніи, какъ самостоятельномъ юридическомъ отношеніи, а о его доказательной силѣ, необходимой для принятія какого нибудь права, различнаго отъ владѣнія (какъ самостоятельнаго юридическаго отношенія), то почему не возвысить-

*) Основанія естественнаго права или философіи права. Aufl. 2. Abth. 2. стр. 250.

ся до этого другаго права и не допустить доказательствъ противнаго, т. е. не сдѣлать изъ процесса о владѣніи (possessorium) процесса о собственности (petitorium). Взглядъ Редера могъ бы только дать понять, почему въ виндикаціонномъ процессѣ владѣлецъ освобождается отъ доказательствъ, (хотя это освобожденіе отвѣтчика отъ обязанности доказывать, какъ извѣстно, не имѣетъ ничего общаго съ владѣніемъ, какъ таковымъ, потому что то же самое повторяется при всѣхъ искахъ) но онъ не можетъ объяснить того, что составляетъ особенность института владѣнія исключенія въ процессѣ о владѣніи вопроса о правѣ. Этотъ послѣдній пунктъ долженъ служить пробнымъ камнемъ для каждой теоріи владѣнія. Мы во всякомъ случаѣ исходимъ изъ предположенія, что названный ученый держался *общепринятаго* въ наукѣ понятія о владѣніи, т. е. *римскаго*. Тотъ же, кто съ точки зрѣнія философіи права хочетъ дать этому понятію новое основаніе, (я менѣе чѣмъ кто-нибудь оспариваю его право на это) тотъ долженъ по крайней мѣрѣ объяснить, почему онъ это дѣлаетъ, и какимъ образомъ намѣренъ разграничить свою новую теорію отъ римской. Редеръ не дѣлаетъ ни того, ни другаго.

Изъ трехъ взглядовъ, связывающихъ защиту владѣнія съ *собственностью*

3) Одинъ, болѣе старый, имѣетъ основаніемъ вѣроятность собственности.

Этотъ взглядъ былъ прежде очень распространенъ *) и Савиньи въ третьемъ, четвертомъ и пятомъ изданіи своего произведенія отчасти признаетъ его справедливость, **) отвергая его впрочемъ въ своемъ шестомъ изданіи. Въ седьмомъ, — вышедшемъ послѣ его смерти, есть особая замѣтка (ст. 57); въ ней

---

*) Какъ на защитника его Савиньи указываетъ на Гуфеланда стр. 43, у котораго онъ однако является неяснымъ; смотри также Ранда въ цитированномъ сочиненіи примѣчаніе 7.

**) 8. 2. На вопросъ, почему введенъ этотъ родъ защиты противъ насилія, т. е. почему изгоняемому должно быть возвращено именно то владѣніе, котораго онъ лишился (можетъ быть совершенно недобросовѣстное владѣніе) на этотъ вопросъ можно конечно отвѣчать, что это дѣлается на основаніи общей презумпціи, что владѣлецъ можетъ быть собственникомъ. Въ этомъ смыслѣ, можно разсматривать владѣніе какъ тѣнь собственности, какъ презумптивную собственность. Но эта презумпція касается только основаній юридическаго института въ общемъ, а вовсе не правоваго основанія какого нибудь конкретнаго владѣнія.

онъ говоритъ, что эта презумпція должна быть отвергнута не столько сама по себѣ, такъ какъ въ дѣйствительности большинство владѣльцевъ суть управомоченные владѣльцы, сколько въ силу своеобразно выработавшагося римскаго ученія о владѣніи.—Относительная ошибочность этого взгляда заключается не въ томъ, въ чемъ находитъ ее Савиньи, т. е. не въ томъ, что *римское* право не *знаетъ* такой презумпціи—здѣсь дѣло идетъ не о постановленіи положительнаго права, а о законодательномъ вопросѣ, нетронутомъ римскимъ правомъ. Въ этомъ вопросѣ, каждый новый взглядъ, какъ скоро онъ правильно относится къ нему, можетъ быть справедливымъ, хотя бы онъ и былъ чуждъ римскому праву. Ошибочность разсматриваемаго нами взгляда заключается въ томъ, что данное основаніе само нуждается въ основаніи. Допустимъ, что законодатель говоритъ: я хочу предположить, что владѣлецъ есть собственникъ. Всякій спроситъ его, *на чемъ* основываетъ онъ свое предположеніе? Существуетъ правило, въ силу котораго каждое право должно быть *доказано*; почему будемъ мы отступать отъ него для собственности? Статистическій фактъ, что въ большинствѣ случаевъ владѣлецъ есть въ то же время собственникъ, также мало служитъ доказательствомъ презумпціи, какъ мало статистическія таблицы смертности могутъ служить основаніемъ предположенію, что извѣстное лицо живетъ или умерло. Путемъ послѣдовательности презумпція эта привела бы насъ къ тому, что первоначальному владѣльцу, только на основаніи его владѣнія, давалось бы in rem actio противъ третьихъ лицъ (искъ изъ болѣе давняго владѣнія). Если презумпція вѣрна, то зачѣмъ ограничивать ее частнымъ случаемъ? То же самое относится къ презумпціи добросовѣстности и правомѣрности владѣльца, въ субъективномъ отношеніи. Единственно, что правильно въ этомъ взглядѣ, это—сознаніе, что при защитѣ владѣнія идетъ рѣчь объ своеобразномъ, облегченномъ доказательствѣ собственности,—будемъ ли мы въ этомъ смыслѣ называть владѣніе презумптивной, временной собственностью или, вмѣстѣ съ Савиньи, тѣнью собственности.

Но констатировать этотъ *фактъ* еще не значитъ указать на *основаніе,* на потребность, необходимость такого облегченія. Въ послѣдствіи мы постараемся добиться и этого.

Слѣдующее измѣненіе разсматриваемаго взгляда—во владѣніи

защищается *возможная* собственность *)—представляетъ скорѣе поворотъ къ худшему, нежели къ лучшему, если на этомъ измѣненіи желаютъ основать законодательный мотивъ защиты владѣнія. Выводъ защиты владѣнія изъ одной возможности собственности представляетъ еще большій скачекъ, чѣмъ выводъ ея изъ вѣроятности собственности. Почему же «только возможное» должно защищаться, гдѣ видимъ мы нѣчто подобное?

Второй взглядъ, заимствующій защиту владѣнія изъ собственности:

4) Ганса: **) *во владѣніи защищается начинающаяся собственность.*

Одно изъ дѣйствій владѣнія составляетъ, какъ извѣстно, usucapio; и совершенно справедливо, что посредствомъ act. Publiciana въ давностномъ владѣніи защищается начинающаяся собственность. Но это, какъ часто замѣчено, имѣетъ мѣсто только *въ давностномъ владѣніи* ***).

Владѣніе malae fidei possessor, какъ бы долго оно ни продолжалось, не ведетъ къ собственности, но тѣмъ не менѣе защищается. Эту именно защиту и нельзя основать на вышеупомянутой точкѣ зрѣнія. Изложеніе моего личнаго взгляда, которое здѣсь было бы умѣстно, я оставляю къ концу, а теперь обращусь къ абсолютнымъ теоріямъ.

VI.

Теорія воли.

Наряду съ только что изложенной нами теоріей Ганса, у того же писателя находимъ мы другой родъ разрѣшенія нашего вопроса. Обладаніе вещью, говоритъ онъ, какъ актъ воли субъекта, можетъ или быть въ согласіи «съ общей волей» т. е. зако-

---

*) Этотъ взглядъ не получилъ нигдѣ научной обработки; мы находимъ его только въ отрывочныхъ выраженіяхъ, которыя мною не были собраны. „Субъективная возможность права“ Пухты (Vorles. zu P. 22) принадлежитъ не сюда. Это положеніе представляетъ другую форму его взгляда, который будетъ разсмотрѣнъ ниже.

**) System des röm. Civilrechts. Berlin 1827, стр. 211—212. Ueber die Grundlage des Besitzes, eine Duplik. Berlin 1838, о второмъ воззрѣніи того же автора, смотри ниже.

***) Рудорфъ въ Zeitschrift fur geschichtliche R. № VII, стр. 98—99. Савиньи въ указанномъ сочиненіи. Стр. 61.

номъ, тогда это—*собственность*, или основываться на «частной волѣ» тогда это—*владѣніе*. Но основаніе, въ силу котораго даже частная воля признается и защищается, состоитъ въ томъ, что «воля уже сама въ себѣ субстаціональна и сама въ себѣ заключаетъ основаніе защиты. Частная воля личности тамъ, гдѣ она обнаруживается въ вещахъ, есть право и должна разсматриваться какъ право. «Пухта *) принялъ идею Ганса и переработалъ ее въ свое извѣстное положеніе: владѣніе есть право на собственную личность. Слѣдуя Пухтѣ, «воля правоспособнаго субъекта, даже прежде, чѣмъ она выступила, какъ правовая, до извѣстной степени требуетъ юридическаго признанія, именно въ силу того, что она есть воля правоспособнаго и слѣдовательно *можетъ быть* правовой. Итакъ во владѣніи защищается возможность правъ, слѣдовательно и правоспособность; владѣніе есть ничто иное, какъ особый видъ права личности; владѣніе есть это право въ его примѣненіи къ естественному подчиненію вещей». Тогда, какъ Гансъ и Пухта разсматриваютъ вопросъ объ основаніи защиты владѣнія, только по поводу вопроса о его юридической природѣ, Брунсъ **) посвящаетъ ему самостоятельное изслѣдованіе, въ которомъ однако формулируетъ его слишкомъ узко, такъ какъ ограничиваетъ его защитой противъ «насилія, насильственнаго нарушенія и захвата». Не трудно бы, говоритъ онъ, основать защиту владѣнія на эмпирическихъ соображеніяхъ цѣлесообразности, но это принесло бы мало пользы вопросу, «по отношенію къ которому наука можетъ удовлетвориться только внутренней, юридической необходимостью, вытекающей изъ самой природы владѣнія». Изъ двухъ составныхъ частей владѣнія—физическаго господства и воли—первая, какъ просто фактическое состояніе, не заключаетъ въ себѣ ни малѣйшаго основанія для какой бы то ни было правовой защиты; «это основаніе находимъ мы въ волѣ, второй составной части владѣнія. Воля, реализи-

*) Въ его сочиненіи „Zu welcher Klasse von Recht gehört der Besitz.“ стр. 255, появившемся сначала въ Rheinich Museum III № 17, и отпечатанномъ позднѣе въ его Vermischte Schriften № 17. Смотри тамъ же статью (№ 15). Ueber die Existenz des Besitzrechts. Не смотря на ожесточенную полемику противъ Ганса въ первомъ сочиненіи, онъ признаетъ однако во второмъ, (стр. 265 прим. а) что подобное мнѣніе было уже выражено Гансомъ.“

**) Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart Tübingen. 1848. № 38.

руемая въ владѣніи, хотя и не даетъ основанія праву, а напротивъ существуетъ *только фактически*, иногда въ сильнѣйшемъ противорѣчіи со всякимъ правомъ, воля эта должна однако защищаться въ силу общей природы воли. Воля по самому существу своему абсолютно свободна; признаніе и осуществленіе этой свободы и составляетъ общую систему права. Принужденіе и насиліе противъ нея сами по себѣ вообще противны праву, независимо отъ соображенія законности воли. Только, когда послѣдняя становится въ непосредственное прямое противорѣчіе съ общею волей или правомъ (сопротивленіе государственной власти или фактическое нападеніе на другаго) является она, какъ воля особенно *неправовая*, и противъ нея дозволены насиліе и принужденіе. Владѣніе, слѣдовательно, не есть право, какъ собственность или обязательство, оно—фактъ, но этотъ фактъ защищается въ силу общаго права воли, какъ фактическое *бытіе этой воли*. Только въ защитѣ владѣнія личность и свобода человѣка достигаютъ правоваго признанія.

Къ этому взгляду примкнули многіе *); ясно, что въ немъ должно быть нѣчто заманчивое, тѣмъ не менѣе я считаю его совершенно несостоятельнымъ. Онъ отличается отъ взгляда Савиньи въ томъ, что мотивируетъ запрещеніе насилія внутреннимъ основаніемъ—конкретной волей, выражающейся во владѣніи, тогда какъ Савиньи примѣняетъ ее какъ внѣшній постулатъ *правоваго порядка*; однако по справедливому замѣчанію Савиньи, обращенному къ Пухтѣ, оба взгляда сходятся въ послѣднемъ основаніи **). «И я также, говоритъ онъ, объясняю эту защиту на основаніи неприкосновенности личности и связи, въ которую лице вступаетъ съ вещью, посредствомъ ея естественнаго подчиненія себѣ. Я даже сомнѣваюсь, можно ли видѣть измѣненіе къ лучшему теоріи Савиньи въ томъ, что заключающееся въ насиліи правонарушеніе переносится изъ области правоваго порядка въ область субъективной воли. Во всякомъ случаѣ я легче понимаю запрещеніе насилія, когда оно объясняется съ точки зрѣнія объективнаго правоваго порядка, чѣмъ съ точки зрѣнія субъективной воли. На окончаніе спора

---

*) Такъ въ особенности Ранда въ указанномъ мѣстѣ. И также Рудорфъ въ девятомъ изданіи Савиньи „das Recht des Besitzes: стр. 581. Виндшейдъ „Pandekten“ № 148 note 6.

**) Это признаетъ и Виндшейдъ въ указанномъ мѣстѣ.

можно разсчитывать только тогда, когда мы заранѣе придемъ къ соглашенію относительно точки зрѣнія, на которую станемъ. Это замѣчаніе имѣетъ величайшую важность для разсматриваемаго нами вопроса, потому что относительно его спорящіе никогда твердо не держатся одной, разъ принятой точки зрѣнія. То они руководствуются какимъ-то идеальнымъ правомъ, которое объясняютъ по произволу, то держатся исключительно римскаго права. Вотъ почему я считаю нужнымъ заявить, что въ послѣдующемъ изложеніи буду исключительно стоять на почвѣ римскаго права. Я буду доказывать, что теорія моихъ противниковъ не согласуется съ римскимъ правомъ ни въ основаніяхъ его ученія о владѣніи, ни въ общихъ положеніяхъ, которымъ она слѣдуетъ. Какъ скоро я докажу это, то, хотя бы эта теорія и имѣла философское или законодательное достоинство (объ этомъ достоинствѣ я не буду распространяться, хотя и отрицаю его), она не можетъ претендовать на историческое достоинство или догматическую истинность по отношенію къ римскому праву; а это-то и составляетъ предметъ нашего изслѣдованія.

Вполнѣ соглашаюсь съ моими противниками въ томъ, что воля есть «vis agens, всего гражданскаго права, но прибавлю, что она находитъ мѣру и цѣль въ правѣ и только тогда представляетъ правовую силу, когда остается въ предѣлахъ, указанныхъ ей правомъ. Несправедливо, что воля могла бы имѣть значеніе за этими предѣлами, безъ поддержки права и даже будучи въ противорѣчіи съ нимъ; чтобъ дать волѣ такое значеніе право должно бы стать въ противорѣчіе съ самимъ собою. Для меня положительно загадка, какимъ образомъ изъ задачи права—по возможности гарантировать безпрепятственное дѣйствіе и осуществленіе индивидуальной воли,—можно сдѣлать выводъ, что реализированная воля должна пользоваться судебной защитой даже тогда, когда она является не какъ управомоченная, а какъ только *фактическая* и именно защитой отъ нанесеннаго ей насилія, какого бы то ни было рода, насилія, не являющагося въ формѣ *права* (Ранда, стр. 86) *). Будемъ различать личность

*) Это является тѣмъ болѣе непонятнымъ при проницательности, которую обнаруживаетъ авторъ, что онъ самъ обращаетъ вниманіе на слабость того вывода Савиньи, въ силу котораго насильственный захватъ владѣнія самъ въ себѣ противенъ праву. Развѣ его право воли на защиту противъ всякаго насилія, даже въ случаѣ ея противности праву, не есть другая форма выра-

отъ отношенія, установленнаго путемъ, противнымъ праву. Первая остается тѣмъ, что она есть, несмотря на совершенную неправду и нисколько не теряетъ своего права на защиту.

Но изъ этого не слѣдуетъ, что личность, подобно чудотворцу, облагораживаетъ, очищаетъ, освящаетъ все дурное, больное, нечистое, до чего касается, что она можетъ покрывать защитой противныя праву отношенія, въ которыя воплощается воля. *) Очень легко отдѣлить эти отношенія отъ самой личности; они ея продуктъ, но не она сама; можно уничтожить произведеніе, не касаясь его творца, но, скажутъ намъ, ударъ, направленный на продуктъ воли, уже, какъ таковой, заключаетъ въ себѣ неправду. Вотъ это именно я и оспариваю. Это—таже идея Савиньи о формальной неправдѣ, содержащейся въ каждомъ нарушеніи владѣнія, которая, по моему мнѣнію, не соотвѣтствуетъ римскому праву. Государство можетъ и будетъ стремиться въ извѣстныхъ предѣлахъ запрещать насильственныя дѣйствія; но при этомъ оно руководствуется не тѣмъ мотивомъ, что воры и разбойники въ силу принципа абсолютной свободы воли имѣютъ неотъемлемое право на защиту въ безпрепятственномъ пользованіи своею добычей. Государство имѣетъ въ виду законодательное политическое соображеніе, что самоуправство есть обоюдоострый мечъ и беретъ его въ свои руки. Съ точки зрѣнія личности, я, съ моей стороны, не могу объяснить запрещенія самоуправства, и исторія показываетъ намъ, что право пришло къ этому запрещенію уже послѣ того, какъ прошло фазу своего субъективнаго состоянія. Неужели въ дѣйствительности такъ противно праву, если ограбленный, при первомъ представившемся случаѣ возвратить похищенную вещь, отнимаетъ ее у похитителя? Или можетъ быть, воля не должна подвергаться принужденію? Развѣ она не принуждается, когда государственная власть отнимаетъ у нея вещь силой? Но это дѣлается въ формѣ права, отвѣтятъ намъ, конечно, но, тѣмъ не менѣе, фактъ насилія продолжаетъ существовавать; слѣдовательно воля не

женія мысли Савиньи о запрещеніи самоуправства и перенесеніе объективнаго положенія права въ форму субъективнаго права.

*) Такъ соображеніе о правѣ личности запрещаетъ кредитору дурное обращеніе съ должникомъ, отказывающимся отъ исполненія, но ни въ какомъ случаѣ право не запрещаетъ завладѣнія оказывающимися у должника вещами. § 103 16 quae in fr. cred. (42—8).

есть нѣчто абсолютно святое и неприкосновенное, а принужденіе не представляетъ чего-то такого, что должно быть абсолютно отвергнуто. Сопротивленіе праву со стороны неправомѣрной воли можетъ и должно быть сломано; какимъ бы образомъ это ни дѣлалось, это—чисто вопросъ формы. Цѣлесообразное разрѣшеніе этого вопроса составляетъ одну изъ важнѣйшихъ задачъ права, но не можетъ сдѣлаться источникомъ права для воровъ и разбойниковъ.

Однако послушаемъ, какъ относится римское право къ этому вопросу. Мы спрашиваемъ: представляютъ ли самоуправство и насиліе сами по себѣ неправду, несовмѣстимую съ идеей свободы воли въ томъ видѣ, въ какомъ эта идея осуществляется въ *римскомъ правѣ*? Съ точки зрѣнія древняго римскаго права на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно. Вмѣсто того, чтобъ въ принципѣ осуждать и преслѣдовать самоуправство, оно, напротивъ, видѣло въ немъ естественное, необходимое послѣдствіе свободы воли, которой только нужно было указать ея настоящія границы и формы *). Въ свою очередь и новѣйшее право, уступая вліянію древняго національнаго воззрѣнія на самоуправство, отводитъ ему такія границы, въ которыхъ оно никакъ не можетъ быть согласовано съ разсматриваемой нами теоріей воли. Possessor justus до Юстиніана имѣлъ право въ случаѣ сопротивленія possessor injustus насильственно отнять у него владѣніе (только не вооруженною рукой). Тѣмъ же правомъ пользовался отдающій въ аренду, внаймы, словомъ юридическій владѣлецъ противъ детенктора, **) владѣющаго на его имя, а отсутствовавшій противъ того, кто въ его отсутствіе присвоилъ владѣніе его участкомъ земли. Согласно ли это съ предположеніемъ, что идея неприкосновенности или абсолютной свободы воли составляла основной принципъ всего римскаго ученья о владѣніи. Ничего не значитъ, что римскіе юристы, тонко оперируя съ понятіемъ владѣнія, умѣли подводить эти случаи отчасти или вполнѣ подъ понятіе о самозащитѣ. Важно слѣдующее: тѣ лица имѣютъ фактически вещь въ рукахъ, и ихъ воля сохранить это состояніе, воля, которая

*) Смотри мой „Geist des Röm. R. I. № 11.“ (Aufl. 2. стр. 118 до 167).

**) Это слѣдствіе, на которое я всегда указывалъ, теперь подробно доказано К. Цибартомъ. Die Realexecution und die Obligation. Halle. 1866 стр. 57 и слѣдующія.

при другихъ обстоятельствахъ могла подвергнуться сомнѣнію, здѣсь ясно выражается въ томъ, что они силой защищаютъ это состояніе; слѣдовательно они испытываютъ ту неправду, которую, какъ будто, заключаетъ въ себѣ каждое несомнѣнное нарушеніе личности, и противъ котораго право никого не должно оставлять беззащитнымъ, т. е. насиліе. А, между тѣмъ, они обязаны допустить эту неправду совершиться надъ собой. Ясно, что вмѣсто того, чтобъ смотрѣть на ученье о владѣніи съ формальной точки зрѣнія неправды, заключающейся въ насильственномъ дѣйствіи, римское право становится на *матеріальную* точку зрѣнія *юридическаго отношенія, образующагося между участвующими въ немъ лицами.* Одно и тоже насильственное дѣйствіе обсуждается совершенно иначе по различію лицъ, которыми или противъ которыхъ оно совершается. Сказанное здѣсь о владѣніи относится также и къ *обязательственному праву.* Если точка зрѣнія абсолютной свободы воли вѣрна, то каждый владѣющій чужой вещью, даже разбойникъ и воръ, долженъ имѣть соотвѣтствующіе деликтные иски противъ похищенія этой вещи. Видимъ ли мы это на самомъ дѣлѣ? Нѣтъ, въ Actio legis Aquillae, condictio furtiva, actio furti, act vi bonorum raptorum отказывается названнымъ лицамъ и вообще malae fidei possessor и не только противъ настоящаго владѣльца, но и противъ третьихъ лицъ. *)

А между тѣмъ, разсматриваемый нами вопросъ, именно, въ этихъ искахъ, выступалъ передъ римскими юристами съ несравненно большей рѣзкостью, чѣмъ при владѣльческихъ интердиктахъ, такъ какъ въ нихъ *вопросъ о деликтѣ* разрѣшается ex professo. Если насильственно или тайно похитить, испортить или уничтожить вещь, принадлежащую другому, значитъ безусловно совершить деликтъ, то почему тѣ лица не пользуются названными средствами защиты? Въ какое противорѣчіе впадаютъ наши противники: владѣльческіе иски, деликтная природа которыхъ по меньшей мѣрѣ проблематична, должны преслѣдовать, *какъ деликтъ*, дѣйствіе, не считающееся деликтомъ въ искахъ, *деликтная природа которыхъ внѣ сомнѣнія.* Do decretum divi Marci точно также обсуждались случаи *принужденія*; долж-

*) Относительно act leg. Aq. L. 11 § 6, 8, ad leg. Aq. (9. 2), относительно остальныхъ исковъ смотри выше стр.

никъ, который подвергался принужденію со стороны кредитора, не получалъ деликтнаго иска противъ послѣдняго; формальная неправда, заключающаяся въ нарушеніи свободы воли должника, не бралась въ разсчетъ, уступая мѣсто матеріальному праву кредитора *).

Изъ всего этого кажется очевидно, что вышеизложенный взглядъ, въ силу котораго состояніе воли, даже неправомѣрной, неприкосновенно и можетъ быть измѣнено только путемъ права, и, воля, даже тогда, когда она стоитъ въ противорѣчіи съ правомъ, сама въ себѣ заключаетъ основаніе для защиты, что взглядъ этотъ новѣйшій, а не римскій; Римляне не могли руководствоваться имъ въ своемъ построеніи института владѣнія. Чтобъ яснѣе убѣдиться въ этомъ, обратимся къ самому римскому праву.—Если фактъ владѣнія получаетъ значеніе только потому, что въ немъ осуществляется и нарушается воля, и слѣдовательно владѣльческіе интересы основываются *на нарушеніи* воли, то можно спросить:

1) Почему же они даются въ такихъ случаяхъ, гдѣ не представляется нарушенія воли, гдѣ напротивъ идетъ только рѣчь о присутствіи или неприсутствіи владѣнія? Два лица, отыскивающіе наслѣдство и имѣющіе намѣреніе получить наслѣдственный участокъ земли въ свое владѣніе, сталкиваются вмѣстѣ на этомъ владѣніи; они желаютъ знать, кто изъ нихъ пріобрѣлъ владѣніе — пріобрѣлъ ли его одинъ, „in solidum“ или оба сообща. Кто не знаетъ, что они могутъ придти къ рѣшенію этого вопроса посредствомъ interd. uti possidetis? Неужели для этой цѣли должны они совершать насильственное дѣйствіе, констатирующее нарушеніе воли? Два совладѣльца несогласны въ вопросѣ о предстоящей починкѣ, они желаютъ судебнаго рѣшенія. По L. 12 Comm. div. (10. 3) они получатъ его посредствомъ interd. uti possidetis, при чемъ вовсе не предполагается элементъ насильственнаго дѣйствія. Interd. utrubi, въ своей доюстиніановской формѣ, давалъ право искать владѣнія даже противъ такого третьяго владѣльца, который получилъ вещь не отъ истца, а отъ лица совершенно посторонняго и, быть можетъ, легальнымъ путемъ. Точка зрѣнія деликта была также чужда этому интердикту, какъ и reivindicatio.

---

*) L. 12 § 2 quod met. (4. 2).

2) Если защищается воля, а владѣніе принимается въ разсчетъ только какъ выраженіе этой послѣдней, то почему необходимо владѣніе, когда воля ясно обнаруживается другимъ образомъ? Охотникъ преслѣдуетъ дичь; другой застрѣливаетъ ее, почему не дать противъ послѣдняго иска за нарушеніе чужой воли? Въ общественномъ мѣстѣ кто-нибудь занимаетъ себѣ стулъ; другое лицо, видѣвшее это беретъ, стулъ себѣ. Воля имѣть стулъ для себя проявилась довольно ясно, однако, кто здѣсь будетъ думать о владѣльческомъ интердиктѣ? Не все ли равно, направлена ли воля на продолжающееся или временное обладаніе вещью? Какъ скоро воля сама въ себѣ заключаетъ право на защиту, ее слѣдуетъ одинаково уважать въ томъ и другомъ случаѣ.

3) Но и въ самой теоріи владѣнія сколько непонятнаго! Почему не можетъ быть владѣнія вещью, неспособною быть объектомъ владѣнія; зачѣмъ не дается права иска подвластному, но правоспособному сыну; зачѣмъ не защищается владѣлецъ на чужое имя? Во всѣхъ этихъ случаяхъ, бытіе *воли какъ таковой*, также несомнѣнно какъ и въ тѣхъ, которые относятся до воровъ и разбойниковъ; и, если для послѣднихъ юридическая природа ихъ отношенія къ вещи лишена всякаго значенія, по причинѣ свойства ихъ воли, то почему же въ первыхъ случаяхъ видимъ мы противное? Жалкими, химерическими основаніями стараются прикрыть или отстранить это явное противорѣчіе. Не всегда случается, что владѣлецъ самъ знаетъ основанія, исключающія въ его лицѣ юридическое владѣніе. Сынъ, который вслѣдствіе правдоподобнаго извѣстія о familias, имѣетъ несомнѣнно animus possidenti. А между тѣмъ, если противникъ докажетъ, что отецъ еще живъ, то интердиктъ сына останется безъ дѣйствія. Передамъ слѣдующій, извѣстный мнѣ случай: Торговецъ лѣсомъ былъ увѣренъ, что мѣсто склада его товара принадлежитъ ему; позднѣе однако оказалось, что часть этого мѣста составляла locus publicus. Городскія власти требовали, чтобы онъ очистилъ мѣсто, но, такъ какъ онъ этого не дѣлалъ, то лѣсъ былъ свезенъ по распоряженію власти. Въ этомъ дѣйствіи заключалось несомнѣнное нарушеніе animus possidenti, тѣмъ не менѣе истцу было отказано въ владѣльческомъ интердиктѣ вслѣдствіе неспособности вещи къ владѣнію. Наслѣдникъ, который не знаетъ, что наслѣдодатель только арендовалъ поле, долженъ считать себя его собственникомъ и слѣдовательно имѣть animus

possidenti или domini. Но что онъ изъ этого выиграетъ, какъ скоро отдавшій въ аренду докажетъ свое собственное право на вещь?

Допустимъ однако, что детенторъ знаетъ основаніе, исключающее въ его лицѣ право на юридическое владѣніе; я не понимаю, въ чемъ это можетъ измѣнить отношеніе, какъ скоро владѣніе разсматривается въ зависимости отъ воли. Почему лица, которыя въ качествѣ арендатора или нанимателя имѣютъ относительно защищаемое, переходящее на ихъ наслѣдниковъ право пользованія вещью, почему эти лица не могутъ желать того же признанія и той же защиты для ихъ воли — пользоваться вещью,—которую имѣетъ прекаристъ, обязанный въ каждый данный моментъ возвратить владѣніе по первому востребованію; или залогодержатель, также обязанный во всякое время возвратить вещь при предложеніи уплаты, или узуфруктуарій, непереносящій своего права на наслѣдниковъ. Отвѣчать, что они не имѣли воли *владѣть*, значитъ, по моему мнѣнію, не объяснять ничего. На самомъ дѣлѣ, первыя не имѣютъ ни малѣйшаго представленія о различіи между детенціей и юридическимъ владѣніемъ, а потому ихъ владѣльческая воля ничѣмъ не отличается отъ воли послѣднихъ. Но, возразятъ намъ, *у нихъ нѣтъ права имѣть эту волю.* Прекрасно, въ такомъ случаѣ у нихъ оспаривается владѣніе не на основаніи воли, а въ силу правоваго принципа; слѣдовательно они не имѣли владѣнія не потому, чтобъ не имѣли воли, а у нихъ оспаривается *воля* въ силу того, что право не даетъ имъ владѣнія. Если для объясненія этого Брунсъ (стр. 494) хочетъ воспользоваться обстоятельствомъ, что ссуда и наемъ не даютъ никакого вещнаго права на вещь и слѣдовательно никакого непосредственнаго господства надъ нею, то мы спросимъ: имѣетъ ли прекаристъ вещное право? нѣтъ, онъ не имѣетъ даже относительнаго права, принадлежащаго арендатору: прекарій можетъ быть отнятъ у него въ каждую данную минуту. И тѣмъ не менѣе онъ имѣетъ юридическое владѣніе! Представимъ себѣ, что римское право вовсе не упоминаетъ о владѣльческомъ отношеніи обѣихъ лицъ; я желаю знать, кто бы тогда вздумалъ создать это отношеніе, руководствуясь идеей неприкосновенности воли?

Въ римскомъ правѣ арендаторъ не пользался владѣльческой защитой, также, какъ арендаторъ agri vectigales до тѣхъ поръ, пока преторскій эдиктъ не далъ ему защиты владѣльческихъ интер-

диктовъ и reivindicatio utilis. Было ли это нововведеніе въ связи съ его *волей*, обязанъ ли онъ этой перемѣной тому, что преторъ въ интересахъ воли чувствовалъ себя обязаннымъ признать его владѣльцемъ? Нѣтъ, потому что трудно допустить, чтобы кто-нибудь думалъ, что арендаторъ agri vectigalis имѣлъ иную волю, чѣмъ другіе арендаторы.

Въ настоящемъ разборѣ я ограничивался главными представителями оспариваемаго мною взгляда; безъ сомнѣнія отъ меня не будутъ требовать, что я въ этой статьѣ далъ мѣсто *) всѣмъ измѣненіямъ и оттѣнкамъ, какимъ подвергался этотъ взглядъ у новѣйшихъ писателей. Однакожъ я нахожу нужнымъ сдѣлать исключеніе для Виндшейда, такъ какъ въ его изложеніи взглядъ этотъ довольно значительно отличается отъ общепринятаго. «Въ государствѣ« говоритъ онъ, въ своихъ пандектахъ (Ч. I, стр. 365) всѣ равны между собою, никто не долженъ имѣть преимущество передъ другимъ. Каждая воля, получающая фактическое значеніе въ владѣніи, совершенно независимо отъ ея содержанія, имѣетъ ровно столько же значенія, сколько всякая другая отдѣльная воля, которая хочетъ подчинить себѣ вещь, если же другая отдѣльная воля стремится къ осуществленію на ряду съ первой, то для окончательнаго рѣшенія должна она обратиться къ органамъ правоваго порядка, установленнымъ государствомъ. Но гдѣ же основаніе такого обращенія къ государству, когда воля одного имѣетъ ровно столько же значенія сколько воля другаго. Тутъ какъ и вездѣ, гдѣ идетъ борьба воли съ волей, силы съ силой, побѣда рѣшается перевѣсомъ силы. Или, быть можетъ, первоначальный владѣлецъ имѣетъ право требовать преимущества на основаніи того, что онъ уже доказалъ свою силу, и что продуктъ его силы долженъ уважаться? Это было бы вѣрно, еслибъ онъ имѣлъ право на своей сторонѣ; въ противномъ же случаѣ, т. е., еслибъ напримѣръ разбойникъ, лишенный владѣнія другимъ, болѣе сильнымъ разбойникомъ, вздумалъ ссылаться только на свое владѣніе какъ на выраженіе своей осуществленной силы, то противникъ могъ бы отвѣтить ему, тѣмъ же аргументомъ; фактъ былъ бы на его сторонѣ. Если основывать владѣніе только на фактиче-

*) Относительно сочиненія Ленца „Das Recht des Besitzes und seine Sprundlagen 1816, я отсылаю къ Виндшейду, Пандекты § 150 1. Anm.

ской волѣ, уничтожая тѣмъ всякое отношеніе его къ праву, то оно явилось бы только преміею за перевѣсъ силы, и тогда напрасно пытались бы мы съ помощью принциповъ заимствованныхъ изъ права, какъ напр. «in pari conditione conditio possidentis melior est» не признавать неизбѣжнаго вывода, что сила одолѣваетъ силу. Владѣніе нельзя построить при помощи одной фактической воли. Воля, которая становится въ противорѣчіе съ правомъ, не можетъ требовать защиты, и, если право всетаки чувствуетъ себя обязаннымъ въ отношеніи къ владѣнію дать ему эту защиту, то надо искать основанія такой защиты не въ волѣ, а въ чемъ нибудь другомъ.

V.

АБСОЛЮТНЫЯ ТЕОРІИ.

ТЕОРІЯ ШТАЛЯ.

Теорія Шталя *) находитъ правовое значеніе владѣнія въ немъ самомъ, слѣдовательно она принадлежитъ къ абсолютнымъ.

«Владѣніе также, какъ собственность, служитъ общему назначенію имущества—удовлетворенію человѣческихъ потребностей посредствомъ вещей, въ силу чего ему, какъ и собственности, должна быть оказана защита, но только другаго рода, а именно—должна защищаться *не вещь сама* и притомъ не противъ всякаго, *задерживающаго ее, а фактическое состояніе* и при томъ только противъ того, кто *нарушаетъ* это состояніе (посредствомъ *положительнаго дѣянія* т. е. деликта)—воля каждаго владѣльца направлена на то, чтобъ *сохранить* фактическое состояніе вещей. Институтъ владѣнія представляетъ временное, вспомогательное регулированіе того самаго отношенія жизни, которое регулируется окончательно и спеціально въ институтѣ собственности. Вотъ почему владѣніе должно находиться въ постоянномъ отношеніи къ собственности.»

И такъ, Шталь находитъ основаніе защиты владѣнія въ экономическомъ интересѣ, который соединяется въ экономическомъ обращеніи и съ простымъ обладаніемъ. Этотъ интересъ пред-

---

*) Die Philosophie des Rechts. T. 2. Abth. 1., стр. 364 и слѣдующія Aufl. 2.

ставляется для каждаго *отдѣльнаго владѣльца*. Экономическое употребленіе вещи совершенно не зависитъ отъ того, что владѣлецъ ея управомоченъ или неуправомоченъ, такъ какъ, если у него отнимутъ вещь, то онъ всегда пострадаетъ экономически. Но, для права эта точка зрѣнія еще не является рѣшающей. Къ экономическому интересу должно привзойти основаніе, которое дало бы лицу право на юридическую защиту. Тамъ, гдѣ нѣтъ этого правоваго основанія, право отказываетъ въ защитѣ, и интересъ остается только фактическимъ; тамъ же, гдѣ оно существуетъ, право даетъ свою защиту и тѣмъ возвышаетъ интересъ на степень *права*. При отношеніяхъ лицъ къ вещамъ римское право прежде всего связывало защиту этихъ отношеній съ понятіемъ собственности, т. е. требовало доказательствъ тѣхъ условій, которыя въ теоріи считаются способами пріобрѣтенія собственности. Цѣль, задача права осуществлять то состояніе, которое фактически соотвѣтствовало бы правовому содержанію собственности, т. е. обезпечивать владѣніе за собственникомъ. Легко понять, что право, въ интересѣ общественнаго порядка, запрещаетъ всякое самовластное нарушеніе фактическаго состоянія вещей—такова напримѣръ полицейская мѣра, запрещающая нарушеніе ночнаго покоя—но изъ этого не слѣдуетъ, что, въ случаѣ нарушенія владѣнія собственникомъ, процессъ, имѣющій цѣлью окончательно опредѣлить взаимныя отношенія тяжущихся сторонъ, долженъ бы быть направленъ на установленіе только фактическаго состоянія, замѣняющаго окончательное регулированіе регулированіемъ временнымъ, не позволяя такимъ образомъ собственнику ссылаться на собственность. Выше интереса—сохраненія только *фактическаго* положенія, стоитъ возстановленіе *правоваго*, и, тогда какъ задача *полиціи* можетъ ограничиваться первой цѣлью, задача *судьи* состоитъ не въ томъ, чтобъ жертвовать *правомъ* въ пользу одного фактическаго состоянія. Шталь самъ сознаетъ это и видитъ въ фактѣ допущенія нѣмецкой судебной практикой возраженія изъ собственности шагъ впередъ въ развитіи идеи владѣнія; между тѣмъ, какъ это нововведеніе, если бы оно и было основательно, (чего я не признаю) представляло бы только полное отрицаніе римской теоріи владѣнія. Въ нашемъ разсужденіи идетъ рѣчь о понятіи владѣнія чисто *римскомъ*, а не созданномъ произвольно.

Но въ римскомъ правѣ есть еще положеніе, которое также мало можетъ быть приведено въ согласіе съ взглядомъ Шталя,

положеніе, о которое разбилось уже такъ много теорій. Я говорю о противоположности между юридическимъ владѣніемъ и простой детенціей. Если сохраненіе фактическаго состоянія составляетъ цѣль и основаніе защиты владѣнія, то зачѣмъ римское право ограничиваетъ эту защиту только однимъ юридическимъ владѣльцемъ? Если брать исходной точкой экономическій интересъ, *личности*, то интересъ нанимателя и арендатора, ни въ какомъ случаѣ, не ниже интереса вора и разбойника. Если же наконецъ опираться на мнимый правофилософскій мотивъ института владѣнія—назначеніе имущества служить человѣческимъ потребностямъ, то вещь одинаково хорошо исполняетъ это назначеніе, какъ въ рукахъ одного, такъ и другаго. Такимъ образомъ, обѣ характеристическія черты римскаго ученія о владѣніи—исключеніе вопроса о правѣ въ процессѣ о владѣніи и различіе между юридическимъ и естественнымъ владѣніемъ,—остаются для Шталя неразрѣшенными загадками.

А между тѣмъ, онъ стоялъ близко отъ настоящаго пути. Ему слѣдовало только дальше провести идею «постояннаго отношенія между владѣніемъ и собственностью;» она непремѣнно привела бы его къ цѣли. Но, эта идея безслѣдно мелькнула у него, какъ умственная молнія, какъ моментальное предчувствіе истины. Вообще къ особенностямъ этого блестящаго ума принадлежитъ то, что мысли въ немъ тѣснятъ и гонятъ одна другую, и, на ряду съ идеями, которыя онъ признаетъ руководящими, стараясь доказать ихъ основательность, являются другія, не имѣющія съ ними никакой связи.

VI.

ВЛАДѢНІЕ—ПРЕДВАРЕНІЕ СОБСТВЕННОСТИ.

НЕДОСТАТОЧНОСТЬ ЗАЩИТЫ СОБСТВЕННОСТИ БЕЗЪ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ.

Теперь перехожу къ изложенію моего собственнаго взгляда. Выражу его въ одномъ предложеніи. *Защита владѣнія, какъ фактичности собственности, есть дополненіе и завершеніе защиты собственности, облегченіе доказательства въ пользу собственника, которое въ силу необходимости обращается также въ пользу несобственника.*

Мысль привести въ связь владѣніе съ собственностью, какъ видно изъ предъидущаго, не нова.

«Владѣніе есть функція собственности» (стр. 21), «презумптивная, возможная, начинающаяся собственность (стр. 24, 26) она стоитъ» въ постоянномъ отношеніи къ собственности» (стр. 42). Даже Савиньи, какъ ни мало онъ въ остальномъ раздѣляетъ этотъ взглядъ, признаетъ за нимъ нѣкоторую вѣрность, и, быть можетъ, этотъ взглядъ не остался безъ участія въ его открытіи «animus domini.» Но способъ, которымъ до сихъ поръ старались дать основаніе этой связи, по моему мнѣнію, неудовлетворителенъ, и я ниже постараюсь проложить новый путь.

Въ этой новой попыткѣ насъ бы могли остановить тѣ выраженія, въ которыхъ римскіе юристы отклоняли всякую мысль о смѣшеніи владѣнія съ собственностью: Nihil commune habet proprietas cum possessione, говоритъ *Ульпіанъ* въ L. § 1 de poss. (41, 2); permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, говоритъ Venuleus въ L. 5 2 pr. ibid и въ L. 1. § 2 uti poss (43 17) Ульпіанъ находитъ основаніе введенія interd. uti possidetis въ слѣдующемъ: quod separata esse debet possessio a proprietate. Однакожъ въ какомъ смыслѣ употреблены эти выраженія? Въ такомъ, что они вовсе не касаются нашей теоріи. Въ смыслѣ *практической* и *догматической* самостоятельности владѣнія относительно собственности. Въ вопросѣ о владѣніи право не должно имѣть никакого значенія; въ процессѣ о владѣніи въ принципѣ исключается вопросъ о собственности; но къ тому же результату придемъ и мы. Что касается до *законодательнаго* или *правофилософскаго* отношенія обоихъ институтовъ, то этотъ вопросъ, почти нетронутый *) римскими юристами и составляетъ предметъ нашего изложенія. *Защита собственности безусловно требуетъ защиты владѣнія; послѣднее составляетъ необходимое восполненіе римской системы собственности.*

Я болѣе, чѣмъ кто-нибудь далекъ отъ мысли, чтобъ видѣть въ римской собственности единственную логически или практи-

*) Самое большое, еслибъ можно было въ этомъ отношеніи сослаться на недостаточныя выраженія Нервы, переданныя намъ въ L. I § 1 de poss.— dominium rerum ex naturali possessione coepisse.

„Объявленіе несостоятельности по собственному признанію должника считается к моментомъ ея открытія (тамъ же, ст. 1878, 1879.)“

„Мировая сдѣлка, болѣе чѣмъ за шесть мѣсяцевъ до открытія несостоятельности заключенная должникомъ съ частью его заимодавцевъ, считается дѣйствительною и 2015 ст. т. XI уст. торг. къ данному случаю не можетъ имѣть примѣненія.“

„Мировая сдѣлка, законно заключенная послѣ не окончательнаго судебнаго рѣшенія, имѣетъ самостоятельное значеніе и равносильна судебному рѣшенію вошедшему въ законную силу. (ср. ст. 1366 уст. гражд. судопр.) (рѣшеніе Московской Судебной Палаты, по 2 Гражданскому Департаменту, по дѣлу Кулаковыхъ)..... 104

IX — ОБЪЯВЛЕНІЯ:

а) Отъ книжнаго магазина **И. П. Анисимова.**
б) Объ изданіи въ 1877 г. газеты „Новости“.
в) О подпискѣ на газету „Финансовое Обозрѣніе и Вѣстникъ желѣзныхъ дорогъ“.
г) О подпискѣ на газету „Другъ народа“.
д) О подпискѣ на журналъ „Народный листокъ“.

Юридическій Вѣстникъ

выходитъ въ 1876 году ежемѣсячно книжками отъ 5 до 8 печатныхъ листовъ и болѣе.

Цѣна за годовое изданіе **5** р., съ пересылкою **6** р.

ПОДПИСКА ПРИНИМАЕТСЯ:

Въ **Москвѣ**: въ редакціи Юридическаго Вѣстника на Малой Бронной, въ д. Фальковской. Въ книжныхъ магазинахъ: И. П. Анисимова на Никольской улицѣ; А. Л. Васильева на Страстномъ бульварѣ; А. И. Глазунова на Кузнецкомъ мосту и И. Г. Соловьева на Страстномъ бульварѣ.

Въ **С.-Петербургѣ**: Въ книжномъ магазинѣ И. П. Анисимова рядомъ съ Императорскою Публичною Библіотекою.

Авторы статей, доставляемыхъ въ редакцію для печатанія, благоволятъ присовокуплять къ нимъ и условія, на которыхъ желаютъ печатать.

Редакторы: В. Н. ЛЕШКОВЪ.
А. М. ФАЛЬКОВСКІЙ.

00083598
ЮФ СПбГУ